

& DIREITO AUTORAL

MARCO CIVIL DA INTERNET

MARCOS WACHOWICZ
Coordenador

An abstract graphic at the bottom of the cover features a complex network of white nodes connected by thin, curved lines, set against a dark brown background. The lines and nodes form a series of overlapping arches that span across the width of the page, creating a sense of dynamic connectivity and digital structure.

ISBN 978-85-67141-10-7

As publicações do **GEDAI/UFPR** são espaços de criação e compartilhamento coletivo. Fácil acesso às obras. Possibilidade de publicação de pesquisas acadêmicas. Formação de uma rede de cooperação acadêmica na área de Propriedade Intelectual.



UFPR – SCJ – GEDAI
Praça Santos Andrade, n. 50
CEP: 80020-300 - Curitiba – PR
E-mail: gedai.ufpr@gmail.com
Site: www.gedai.com.br
GEDAI/UFPR

Conselho Editorial

Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UFRRJ	José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal
Carla Eugenia Caldas Barros – UFS	J. P. F. Remédio Marques – Univ. Coimbra/Port.
Carlos A. P. de Souza – CTS/FGV/Rio	Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha
Carol Proner – UniBrasil	Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF
Dario Moura Vicente – Univ. Lisboa/Portugal	Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/Ulbra
Denis Borges Barbosa – IBPI/Brasil	Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor	Marcos Wachowicz – UFPR
Guilherme P. Moreno – Univ. Valência/Espanha	Sérgio Staut Júnior – UFPR
José Augusto Fontoura Costa – USP	Valentina Delich – Flacso/Argentina

Coordenação editorial: Fátima Beghetto

Capa (imagem e diagramação): Marcelle Cortiano e Sônia Maria Borba

Projeto gráfico: Sônia Maria Borba

Diagramação: Cássia de Mônico

Revisão: Laura Rotunno; Luciana Bitencourt; Ruy Figueiredo de Almeida Barros; Heloisa Medeiros; Ana Luiza dos Santos Rocha

CPI-BRASIL. Catalogação na fonte

D598 Direito autoral & marco civil na internet / coordenação de
Marcos Wachowicz – Curitiba: Gedai Publicações, 2015.
304p.; 23 cm

ISBN 978-85-67141-10-7 [recurso eletrônico]

ISBN 978-85-67141-06-0 [impresso]

1. Direito autoral. 2. Propriedade intelectual. 3. Internet.
I. Wachowicz, Marcos (Coord.). II. Título.

CDD 346.0482(22.ed.)

CDU 343.533.9

Esta obra é distribuída por meio da Licença **Creative Commons 3.0**
Atribuição/Usos Não Comerciais/Vedada a Criação de Obras Derivadas / 3.0 / Brasil



MARCOS WACHOWICZ
Coordenador

& DIREITO AUTORAL **MARCO CIVIL DA INTERNET**

Colaboradores

Alexandre Ricardo Pessler	Marcos Wachowicz
Guilherme Coutinho da Silva	Maria Victória Rocha
Liz Beatriz Sass	Patrícia Eliane da Rosa Sardeto
Luca Schirru	Sarah Helena Linke
Lukas Ruthes Gonçalves	Thiago Martinelli Veiga
Marcelo de Athayde Furtado Krieger	Tiago Mendonça dos Santos

Curitiba



2015

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos esta obra coletiva, fruto de projetos de pesquisa desenvolvidos e realizados pelo **Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI**, agora vinculado ao **Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – PPGD/UFPR**.

O livro é produto dos instigantes trabalhos desenvolvidos ao longo dos últimos três anos dentro das linhas de pesquisa do **GEDAI**, os quais foram concomitantes com a construção, elaboração e promulgação da Lei 12.965/14, conhecida no País como Marco Civil da Internet.

O foco maior destes estudos está em lançar uma perspectiva inovadora sobre os direitos e garantias individuais inerentes à Sociedade Informacional. Neste sentido, analisaram-se grandes temas transversais que estão subjacentes ao Marco Civil da Internet no Brasil, tais como:

- O direito à (auto)regulação da internet
- O direito de utilização livre e os dispositivos de proteção
- A reprodução no ambiente digital
- Um novo conceito de autoria para internet
- O caso do *Google Art Project*
- Os aspectos jurídicos no *software* na internet
- O Sistema *Peer-to-Peer* e os limites dos usos privados

A obra é fruto de um intercâmbio acadêmico sólido realizado por pesquisadores do **GEDAI em parceria com grupos de pesquisas**, a saber:

- **Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto/Portugal**,
- **Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito, Artes e Políticas Culturais (NEDAC)** e
- **Grupo de Pesquisa Propriedade Intelectual, Transferência de Tecnologia e Inovação (UFSC)**.

A utilização das novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) é um fenômeno recente que tem suscitado intensas discussões so-

bre sua utilização no ciberespaço, com impacto direto nos sistemas democráticos de todos os países.

No Brasil, com a aplicação do Marco Civil da Internet pelo Poder Judiciário, sem dúvida, se almeja atender às novas demandas sociais, relativas: (i) à utilização dos recursos tecnológicos, (ii) à disponibilização dos bens intelectuais protegidos pelo Direito Autoral; e, (iii) às novas formas de acesso à informação pela internet.

Contudo, é preciso ter-se claro que o Marco Civil da Internet visa principalmente assegurar a liberdade de expressão e de informação, tudo para garantir a construção de espaços democráticos na Sociedade Informacional. Assim é que o Marco Civil da Internet, ao prever sanções decorrentes do uso indevido de uma determinada pessoa, categoricamente ressalta que não se admite a interrupção dos serviços básicos de acesso, garantindo-se a liberdade de expressão na internet como um espaço aberto e democrático.

Os fundamentos do uso da internet no Brasil previstos na lei do Marco Civil respeitam o direito de informação e da liberdade de expressão, de igual modo, percebendo-os enquanto direitos fundamentais apontados na Constituição Federal, promovem e garantem a integração do cidadão brasileiro a esta nova realidade tecnológica da Sociedade Informacional.

É esta perspectiva contemporânea, inovadora e inspirada nas garantias dos direitos fundamentais, que norteou estudos e a construção da presente obra coletiva.

Os primados estabelecidos pelo Marco Civil da Internet não são exclusivistas, no sentido de que, para garantir o direito de informação de uns, tenha que se tolher o de outros. Antes, explicita uma nova concepção de garantias fundamentais, abrangendo direitos civis, sociais e políticos para o exercício da liberdade de expressão e à informação, que dependem do uso dos instrumentos tecnológicos, dos serviços de infraestrutura dos provedores da internet, os quais não podem ser simplesmente suspensos por qualquer autoridade administrativa ou judicial.

O livro oferece ao leitor uma abordagem transversal dos temas dos Direitos Autorais na sociedade contemporânea, analisando-os no contexto social, político e econômico da Sociedade Informacional, propiciando uma reflexão sobre a aplicação do Marco Civil da Internet para fomentar o desenvolvimento tecnológico que efetivamente promova a inovação e a inclusão tecnológica/social. Tais desafios ensejaram vários projetos de pes-

quisas articulados entre diversas universidades brasileiras e estrangeiras, bem como ações de intercâmbio de grupos de pesquisa e de especialistas, cujo alcance não se restringiu a barreiras nacionais e regionais. A presente obra, em cada um de seus artigos, é a expressão deste diálogo acadêmico.

A proteção das medidas tecnológicas e da informação para a gestão eletrônica de direitos como consequência dos Tratados da OMPI e da transposição da Diretiva 2001/29/CE, foi objeto de análise de **Maria Victória Rocha**, professora da **Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, de Porto/Portugal**, que contribuiu na presente obra com a perspectiva do Direito da União Europeia, trazendo a discussão sobre até que ponto se permite, aos titulares de direitos autorais, aumentarem os seus direitos de exclusivo de exploração para áreas tradicionalmente livres, inclusive a proteção informatizada organizada pelo direito *sui generis* do produtor da base de dados, o que afeta o equilíbrio entre os titulares de direitos e os utilizadores, com graves danos para estes últimos.

O estudo sobre a regulamentação da internet, feito por **Thiago Marinelli Veiga**, dentro das linhas de pesquisa do **GEDAI**, teve como ponto de partida uma abordagem crítica sobre a utilização do paradigma positivista liberal pós-revolucionário, como marco fundamental para o desenvolvimento de um sistema regulatório da internet. Apontando propostas alternativas de regulação que se apresentam mais adequadas para as características da Sociedade Informacional e da própria internet.

Os novos valores éticos da Sociedade Informacional foram analisados por **Tiago Mendonça dos Santos**, também dentro de seus estudos realizados nas linhas de pesquisa do **GEDAI**, com a finalidade de proporcionar uma compreensão do Marco Civil da Internet à luz destes novos valores éticos, o qual constatou que a nova legislação veio para proteger tais valores, de modo que a sua integração ao Direito brasileiro poderá consolidar valores fundamentais para a democracia.

As questões relativas à autoria na Sociedade Informacional, no estudo de **Liz Beatriz Sass** realizado nas linhas de pesquisa do **GEDAI**, com acuidade (re)contextualizam o fenômeno tutelado pelo Direito Autoral a partir da compreensão da noção de autoria para a construção de um sistema jurídico compatível com o direito de acesso à cultura e ao conhecimento.

Numa abordagem ampla, **Guilherme Coutinho da Silva** também desenvolveu os seus estudos no **GEDAI**, apresentando de forma clara e precisa como os instrumentos jurídicos internacionais sobre o Direito Autoral foram modificados ao longo do tempo, especialmente diante da evolução

dos suportes dos fonogramas, tudo a fim de compreender a relação entre as mudanças tecnológicas e a tutela sobre as obras fonográficas.

Por sua vez, **Luca Schirru**, especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela **PUC/Rio**, e **Marcelo de Athayde Furtado Krieger** apresentam suas pesquisas relativamente à tutela jurídica do *software*, cuja importância é fulcral na arquitetura da internet. O primeiro, analisando a viabilidade legal da engenharia reversa de programas de computador; e, o segundo, analisando a contrafação por violação da propriedade intelectual dos programas de computador.

A participação de **Alexandre Ricardo Pessler**, em seu trabalho sobre a reprodução de obras autorais no ambiente digital, o qual também foi realizado dentro das linhas de pesquisa do **GEDAI**, estabeleceu uma nítida distinção entre o objeto de proteção do exclusivo de Direito Autoral e a reprodução de seu suporte material, que é mero veículo para a obra protegida.

No tocante à teoria do contributo mínimo criativo e ao domínio público em Direito de Autor, **Sarah Helena Linke** apresenta seu trabalho, o qual foi realizado dentro das linhas de pesquisa do **GEDAI**, sobre o caso do *Google Art Project*, demonstrando em sua análise que a reprodução de obras já em domínio público não incide proteção autoral, reafirmando o necessário equilíbrio entre o Direito Autoral e o Direito de Acesso aos bens culturais.

Com relação aos conflitos que envolvem a propriedade intelectual na internet, **Marcos Wachowicz** e **Lukas Ruthes Gonçalves** analisam especificamente o caso do sistema *PEER-TO-PEER*, para compreender os limites do uso privado das obras protegidas na internet, empreendendo um estudo de direito comparado europeu e brasileiro, para o fim de verificar a aplicação da Regra dos Três Passos estabelecida pela Convenção de Berna.

Por fim, **Patricia Eliane da Rosa Sadeto**, dentro dos estudos realizados nas linhas de pesquisa do **GEDAI**, analisa o direito à autodeterminação informacional na sociedade contemporânea, procurando identificar a aplicabilidade de tais primados no ordenamento jurídico brasileiro.

É fato que, historicamente, em todas as sociedades humanas, grande parte das pessoas sempre tiveram acesso limitados aos recursos tecnológicos, bem como sofreram restrições ao uso da informação.

Agora, no Brasil, com a nova legislação do Marco Civil da Internet, está posto o grande desafio de sua efetividade, para que se consiga, diante

do uso em massa dos instrumentos e aplicativos tecnológicos, ampliar a criação de novos espaços democráticos virtuais de acesso à informação.

Contudo, nos regimes democráticos, a preservação dos novos espaços democráticos na internet, para o exercício da cidadania, devem ser garantidos, inclusive, se necessário for, com a atuação do Poder Judiciário.

O leitor poderá perceber nesta obra, que, além da reunião das pesquisas realizadas dentro das linhas de pesquisa do **Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI) vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR)**, se somaram os trabalhos de juristas e pesquisadores de distintas nacionalidades, na construção de novos fundamentos para interpretação dos temas mais atuais relativos ao estudo do Direito Autoral e das novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), com foco na nova legislação brasileira, a Lei 12.965/14, conhecida como o Marco Civil da Internet no Brasil.

Nosso agradecimento a todos que contribuíram direta e indiretamente para a publicação desta obra coletiva, evitando menção nominal a fim de não incorrer em omissão indesculpável. As pesquisas que agora são publicadas foram objeto de intensos debates em seminários, congressos e eventos anteriores realizados no Brasil e no exterior **com apoio das agências de fomento à pesquisa CAPES e CNPq**.

Com a publicação desta obra, espera-se instigar o debate para o fortalecimento e a evolução do pensamento jurídico.

Marcos Wachowicz

Professor Doutor em Direito da
Propriedade Intelectual na UFPR
Coordenador do GEDAI/UFPR

SUMÁRIO

DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS DE PROTECÇÃO, INFORMAÇÕES PARA A GESTÃO ELECTRÓNICA DE DIREITOS E UTILIZAÇÕES LIVRES NO DIREITO PORTUGUÊS: UM DESEQUILÍBRIO PARADOXAL EM DESFAVOR DOS UTILIZADORES	13
<i>Maria Victória Rocha</i>	
REGULAÇÃO DA INTERNET: ATÉ ONDE DEVE IR A LEI?	35
<i>Thiago Martinelli Veiga</i>	
A SOCIEDADE INFORMACIONAL E SEUS NOVOS VALORES ÉTICOS: UMA ANÁLISE DO MARCO CIVIL DA INTERNET	63
<i>Tiago Mendonça dos Santos</i>	
AUTORIA NA SOCIEDADE INFORMACIONAL: FIM DO GÊNIO CRIADOR?	79
<i>Liz Beatriz Sass</i>	
OBRAS FONOGRAFICAS, SOCIEDADE INFORMACIONAL E A “EVOLUÇÃO” DO DIREITO AUTORAL	109
<i>Guilherme Coutinho da Silva</i>	
ASPECTOS JURÍDICOS DA ENGENHARIA REVERSA DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR: UMA ANÁLISE SOBRE A SUA VIABILIDADE LEGAL NO BRASIL	141
<i>Luca Schirru</i>	
DIREITO AUTORAL E PENAL DO SOFTWARE	179
<i>Marcelo de Athayde Furtado Krieger</i>	
NOTAS INTRODUTÓRIAS A UM ESTUDO DO DIREITO DE REPRODUÇÃO DE OBRAS AUTORAIS NO AMBIENTE DIGITAL	213
<i>Alexandre Ricardo Pessler</i>	
A TEORIA DO CONTRIBUTO MÍNIMO CRIATIVO E O DOMÍNIO PÚBLICO EM DIREITO DE AUTOR: O CASO DO GOOGLE ART PROJECT	237
<i>Sarah Helena Linke</i>	

O SISTEMA PEER-TO-PEER E OS LIMITES DO USO PRIVADO DE OBRAS PROTEGIDAS NA EUROPA E NO BRASIL	251
---	-----

Lukas Ruthes Gonçalves

Marcos Wachowicz

O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL NA SOCIEDADE INFORMACIONAL	293
--	-----

Patricia Eliane da Rosa Sardeto

DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS DE PROTECÇÃO, INFORMAÇÕES PARA A GESTÃO ELECTRÓNICA DE DIREITOS E UTILIZAÇÕES LIVRES NO DIREITO PORTUGUÊS: UM DESEQUILÍBRIO PARADOXAL EM DESFAVOR DOS UTILIZADORES

Maria Victória Rocha

Doutorada pela Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, sob orientação do Professor Doutor Gómez Segade. Professora auxiliar da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto. victoriarocha@netcabo.pt.

RESUMO: A protecção das medidas tecnológicas e da informação para a gestão electrónica de direitos, introduzida no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português em 2004 - como consequência dos Tratados OMPI de 1996 e da transposição da Directiva 2001/29/CE - é demasiado ampla. Isto permite aos titulares aumentar os seus direitos de exclusivo de exploração para áreas tradicionalmente livres de direitos de autor e de direitos conexos e, inclusive, a protecção da informação organizada pelo direito *sui generis* do produtor de bases de dados, o que afecta o equilíbrio entre os titulares de direitos e os utilizadores, com graves danos para estes últimos e para a sociedade, em geral, afectando o desenvolvimento da cultura, da educação, da liberdade de expressão e de informação. Deste modo, cria-se uma situação paradoxal: na Sociedade da Informação, em que a informação digitalizada é acessível apenas à distância de um clique, o utilizador pode estar menos protegido que na era analógica. A legislação nacional, no entanto, é apenas reflexo do que ocorre a nível da União Europeia e não só (cf. por exemplo, os EUA). A gravidade da situação requer uma reflexão sobre todos estes aspectos à escala internacional.

Palavras-chave: Código do Direito de Autor e Direitos Conexos Copyright, Copyleft, Creative Commons, Fair Use, Directiva; DRM (Digital Rights Management), UE: Informação para a gestão electrónica de direitos; Sociedade da Informação; Internet; Open Source; Titulares de direitos conexos; Direito *sui generis* dos produtores de bases de dados; medidas tecnológicas de protecção; utilizador, Tratados OMPI de 1996.

1 NOÇÕES GERAIS: DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS DE PROTECÇÃO, INFORMAÇÕES PARA A GESTÃO ELECTRÓNICA DE DIREITOS E UTILIZAÇÕES LIVRES NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO PORTUGUÊS

Os dispositivos tecnológicos de protecção e de informação para a gestão dos direitos de autor e direitos conexos são regulados em Portugal, como nos restantes países da União Europeia, de acordo com os Tratados

OMPI 1996 (respectivamente, artigos 11° e 12° do Tratado sobre Direito de Autor e artigos 18° e 19° do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas) e a Directiva 2001/29/CE, de 22 de maio, relativa à harmonização de determinados aspectos dos direitos de autor e direitos conexos na sociedade da informação (arts. 6° e 7°)¹.

De acordo com os Tratados em causa, os dispositivos tecnológicos de protecção só podem ser tutelados se forem eficazes, utilizados por autores, artistas intérpretes, executantes ou produtores de fonogramas, no exercício dos direitos de autor ou direitos conexos previstos nos Tratados ou na Convenção de Berna e restringirem actos não autorizados pelos titulares dos direitos em causa ou não permitidos por lei.

Quanto aos dispositivos tecnológicos de protecção, aparentemente, a Directiva foi mais longe do que os Tratados OMPI 1996. Não se limitou a proibir actos de neutralização dos dispositivos tecnológicos, mas também a abranger os actos preparatórios dessa neutralização, como fabrico e venda, aluguer, publicidade para efeitos de venda ou aluguer ou posse para fins comerciais desses produtos². A tutela é extensiva ao fabricante da

¹ Tratados aprovados em Portugal pelas Resoluções da Assembleia de República, respectivamente, 53/2009 e 81/2009, ambas de 5 de fevereiro, ratificadas pelos Decretos do Presidente da República 68/2009, de 30 de julho, e 77/2009, de 27 de agosto. Directiva transposta para o nosso Ordenamento pela Lei 50/2004, de 24 de agosto (doravante designada por Directiva).

² Os Tratados OMPI apenas se referem a actos de neutralização, tendo sido o consenso possível resultante da forte discussão que envolveu todos os interessados, em que se destaca a pressão exercida pelos fabricantes dos dispositivos de neutralização. Daí que não seja estranho terem ficado, aparentemente, de fora, os denominados «actos preparatórios», ou seja, os actos de produção, comercialização, oferta ou distribuição de medidas tecnológicas dos dispositivos tecnológicos de protecção de fabrico e comercialização de produtos susceptíveis de realizar, embora estes possam ser mais lesivos do que os actos individuais de neutralização. Com mais pormenor, entre outros I. Garrote Fernández-Díez, in R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 2047-2051. Para este autor, a solução permitiu aos Estados que ratificaram os Tratados chegarem a soluções alternativas ou cumulativas. Por exemplo, o Japão e a Austrália apenas sancionam as actividades de fabricação e comercialização de aparelhos e instrumentos destinados a neutralizar as medidas. Já nos Estados Unidos e na EU, também se proibem os actos individuais de neutralização. Veja-se, também, D. Moura Vicente, «Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção», Apdi e J. de Oliveira Ascensão (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 506 e L. M. Teles Menezes Leitão, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 368-369. Ambos consideram que os Tratados OMPI apenas se referem às medidas individuais de neutralização. Dão conta, nos EUA, do Digital Millenium Copyright Act, de 1998, afirmando que foi mais longe, proibindo as tais medidas de produção, comercialização, oferta ou distribuição dos dispositivos tecnológicos de protecção. Os tribunais aplicaram pela primeira vez esta proibição no caso *Universal Studios Inc. v. Corley*. Erick Corley, editor da revista *on line 2600 The Haker Quarterly*, que foi sancionado pela divulgação do programa DeCSS, possibilitador da neutralização do Scramble System (CSS).

base de dados, não abrangido nos Tratados OMPI 1996. Ainda, é admitida a protecção dos dispositivos tecnológicos de protecção contra formas de utilização livres de acordo como Direito de Autor e Direitos conexos, não consentidas pelos autores, titulares de direitos de autor ou titulares de direitos conexos³.

Com a transposição da Directiva, os dispositivos tecnológicos de protecção e as medidas para a informação e gestão de direitos passam a ser previstos no Código do Direito de Autor e Direitos Conexos (doravante designado por CDADC), no Título VI, sob a epígrafe «Protecção das medidas de carácter tecnológico e das informações para a gestão electrónica de direitos», artigos. 217º a 228º.

Nos termos do artigo 217º, 1 CDADC, é assegurada a protecção jurídica prevista no CDADC, para os autores e titulares de direitos conexos, bem como a protecção assegurada pelo direito *sui generis* ao fabricante da base de dados (prevista no D.L. 122/00, de 4 de Julho)⁴, exceptuados os programas de computador, contra a neutralização de qualquer medida de carácter tecnológico eficaz. Para que as medidas sejam eficazes, basta que

No entanto, na doutrina há quem afirme que o cumprimento dos Tratados OMPI impõe a proibição de neutralização de actos preparatórios e que a previsão nas legislações nacionais de sanções apenas contra actos de neutralização implica incumprimento do Tratado. Por todos, M. Ficsor, «The Wipo “Internet Treaties”: the United States as the Driver; the United States as the main Source of Obstruction», *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, vol. 6, 2006, p. 25 ss.

³ A referência à terminologia DRM (Digital Rights Management) não tem reflexo legal no nosso país, pelo que não se deve substituir à aos conceitos legais de medida tecnológica de protecção e informação para a gestão de direitos, ambos perfeitamente ajustados ao nosso sistema. Assim também em Espanha, como testemunha I. Garrote Fernández-Díez, in R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 2041. Os DRM traduzem-se num conjunto de medidas tecnológicas que permitem identificar e seguir a obra/prestação colocada on line com o objectivo de facilitar a exploração comercial desta, em ligação com a contratação on line. Em pormenor, entre outros, S. Bechtold, «Multimedia und Urheber Recht. Einige grundsätzliche Anmerkungen», *GRUR*, 1998, p. 19 ss. (também referido por I. Garrote Fernández-Díez, *Comentario*, op. cit., p. 2041, nota 4) e, mais recentemente, C. May, *Digital Rights Management. The Problem of Expanding Ownership Rights*, Chandos, Oxford, 2007. O DRM é um esquema complexo que inclui a combinação de medidas tecnológicas, sistemas de contratação em linha e sistemas de informação para a gestão de direitos de modo a identificar as obras/prestações/produtos protegidos que são objecto de exploração, os titulares de direitos, os utilizadores, e sistemas de monitorização de cada concreta utilização da obra/prestação efectuada pelo utilizador que obtém uma licença para desactivar a medida tecnológica dos titulares de direitos (noção bastante conseguida de I. Garrote. Fernández-Díez, *Comentario*, op. cit., p. 2042-2043, nota 4). Com muito detalhe sobre DRM, C. May, *Digital...*, op. cit., p. 27 ss., p. 46 e ss. e p. 67 ss.

⁴ Que transpôs a Directiva 96/9/CE.

permitam algum grau de controlo da utilização dos bens protegidos, não é necessário que impeçam o acesso aos bens em causa.

Os Tratados OMPI de 1996 e a Directiva não indicam directamente quem são os titulares da protecção. Embora o artigo 8º, n. 2, da Directiva indirectamente refira «os titulares dos direitos cujos interesses sejam afectados por uma violação», tal não implica que outros sujeitos não possam estar abrangidos. O CDADC resolveu a questão no n. 1 do artigo 217º, abrangendo os autores, os titulares de direitos de autor, os titulares de direitos conexos e o fabricante da base de dados protegida pelo direito *sui generis*, exceptuados os programas de computador, por terem legislação própria⁵.

De acordo com o n. 2, as «medidas de carácter tecnológico» compreendem toda a técnica, dispositivo ou componente que, no decurso do seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir actos relativos a obras, prestações e produções protegidas, que não sejam autorizadas pelo titular dos direitos de propriedade intelectual, excluídos os protocolos, formatos, algoritmos e métodos de criptografia, de codificação ou de transformação⁶.

Nos termos do n. 4, a aplicação destas medidas de controlo de acesso é voluntária e opcional para o detentor de direitos de reprodução da obra, enquanto tal seja expressamente autorizado pelo criador intelectual. Esta disposição implica que a autorização do criador intelectual seja essencial para a lícita introdução de medidas tecnológicas de restrição do acesso à obra. No entanto, a decisão sobre a sua utilização compete aos titulares dos direitos de distribuição, não podendo o autor, que haja permitido essa distribuição, impor a implementação de tais medidas.⁷ Ao exigir autorização expressa, o artigo 217º, n. 4, vai além do imposto pela Directiva⁸. No entanto, uma vez que o CDADC já reserva ao titular de direitos de autor o poder de escolher livremente os processos e condições de exploração da obra, nos termos do artigo 68º, n. 3, e, quanto ao contrato de edição, que o mesmo deve mencionar o número de edições, o número de exemplares de

⁵ DL núm. 252/94, de 27 de novembro, que transpôs para o nosso ordenamento a Directiva 91/250/CEE.

⁶ Exclui-se a qualificação, como medidas tecnológicas protegidas, de um protocolo, formato, algoritmo ou método de criptografia de codificação ou de transformação. D. Moura Vicente, «Medidas...», op. cit., p. 507, deixa a questão pertinente de saber qual o conteúdo útil que, feita aquela exclusão, fica reservado às medidas tecnológicas previstas no CDADC, a que acresce a questão da conformidade dessa exclusão com a Directiva, que não a prevê.

⁷ Neste sentido, L. M. Teles Menezes Leitão, Direito de Autor, op. cit., p. 370-371.

⁸ Com mais detalhe, D. Moura Vicente, «Medidas...», op. cit., p. 508.

cada edição e o preço de venda ao público de cada exemplar (art. 86º, n 1, CDADC), a exigência do artigo 217º, n. 4, não se afasta do regime anterior.

O artigo 219º estende a protecção aos actos preparatórios, tais como fabrico, importação, distribuição, venda, aluguer, publicidade para venda ou aluguer ou posse para fins comerciais de produtos ou componentes, bem como à prestação de serviços com a finalidade de neutralização e o artigo 220º aos acordos, decisões de autoridades, ou de aplicação voluntária pelos titulares de direitos.

O artigo 223º, n. 1, alarga a protecção jurídica aos titulares de direitos de autor e de direitos conexos, bem como ao fabricante das bases de dados protegidas pelo direito *sui generis*, contra as violações dos dispositivos de informação para a gestão electrónica de direitos, com excepção dos programas de computador, entendendo-se como tal, nos termos do n. 2, toda a informação prestada pelos titulares dos direitos que identifique a obra, a prestação e a produção protegidas, a informação sobre as condições de utilização destes, bem como quaisquer números ou códigos que representem essa informação.

O n. 3 esclarece que a protecção jurídica incide sobre toda a informação para a gestão dos direitos presente no original ou cópias das obras, prestações ou produções protegidas ou, ainda, no âmbito de qualquer comunicação pública.

Nos termos do artigo 228º, a tutela do CDADC não prejudica outros tipos de tutela, designadamente, a Propriedade Industrial, caracteres tipográficos, acesso condicionado, acesso ao cabo de serviços de radiodifusão, protecção do património nacional, depósito legal, concorrência, concorrência desleal, segredo comercial, segurança, confidencialidade, protecção dos dados pessoais e da vida privada, acesso aos documentos públicos e ao direito dos contratos.

2 RAZÃO DE SER DESTAS MEDIDAS

A protecção das medidas de tecnológicas e dos sistemas de informação e gestão de dados insere-se na questão mais vasta da criminalização dos *downloads* não autorizados (nomeadamente, através das redes P2P) e das iniciativas para cortar o acesso à internet (cfr. Lei HADOPI, em França⁹

⁹ Para uma visão global da lei: http://en.wikipedia.org/wiki/HADOPI_law, consultada em 30 de abril de 2013

e Lei SINDE, em Espanha¹⁰, projectos PIPA¹¹ e SOPA¹² nos EUA, e Tratado ACTA¹³).

A ideia de base é a de que as redes internacionais de comunicações electrónicas e a digitalização implicaram o acesso fácil do público em geral à informação, máxime, que circula na internet, e também aos bens culturais protegidos pelo Direito de Autor e pelos Direitos Conexos. No entanto, este acesso maciço implica um enorme risco de violação à escala mundial das obras, prestações ou informação protegidas, nomeadamente, dado o fácil acesso a tais bens e à realização de cópias idênticas aos originais. Aos riscos tecnológicos pode-se responder com a própria tecnologia (na frase conhecida de Charles Clark: *the answer to the machine is the machine*)¹⁴, desde que sancionada pela lei. Daí as tecnologias destinadas a impedir e a controlar o acesso aos utilizadores não autorizados. Mas, a tecnologia só por si não é suficiente, uma vez que é sempre possível criar novas tecnologias destinadas a neutralizar as já existentes. Impõe-se a intervenção do sistema jurídico, para sancionar a neutralização dos dispositivos tecnológicos e dos sistemas de informação e gestão de dados¹⁵.

¹⁰ Para uma visão global da lei: http://en.wikipedia.org/wiki/Ley_Sinde, consultada em 30 de abril de 2013

¹¹ Para uma visão global do projecto: http://en.wikipedia.org/wiki/PROTECT_IP_Act, consultado em 30 de abril de 2013

¹² Para uma visão global do Projecto: http://en.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act, consultado em 30 de abril de 2013.

¹³ Para uma visão global do Tratado, que não está em vigor por falta das necessárias ratificações: http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement, consultado em 30 de Abril de 2013.

¹⁴ Ch. Clark, «The answer to the machine is the machine», P. B. Hugenholtz (coord.), *The future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, p. 139 ss.

¹⁵ Não entraremos na questão da criminalização de downloads para uso privado, nem nas iniciativas de cortar o acesso à Internet, medidas com as quais estamos em absoluto desacordo, apenas porque excederiam os objectivos deste estudo. Todavia, deixamos como apontamento que o dogma de que «uma cópia pirata é uma cópia perdida», muito difundido pelas entidades de gestão, como forma também de protegerem os seus próprios interesses, há muito tempo foi colocado em causa pelos próprios titulares de direitos e por diversos estudos universitários (entre os quais, trabalhos da prestigiada Universidade de Harvard), funcionando o download para uso privado, muitas vezes, como forma de ascensão de artistas não conhecidos e de controlo, pelas próprias produtoras multinacionais que tanto se queixam, do sucesso dos seus produtos a lançar no mercado físico. A coexistência de um mercado de serviços on line com um mercado no mundo físico não aniquila este segundo, desde que as empresas saibam mudar a forma de fazer o seu negócio, nomeadamente, dando valor acrescentado aos bens que vendem, baixando os preços, e acrescentando, por exemplo, na área da música, mais músicas de sucesso em cada CD/DVD, sob pena de os titulares de direitos fazerem eles próprios a produção ou recorrerem apenas a produtores

O problema surge quando estas sanções impostas pelo Direito vão além do desejável, criando uma protecção hipertrofiada que coloca em causa os direitos dos legítimos utilizadores das obras prestações e produtos protegidos. Cria-se, então, um paradoxo na própria Sociedade da Informação: uma protecção excessiva injustificada dos titulares direitos que asfixia a circulação da informação, prejudicando os utilizadores e, indirectamente, a sociedade em geral, condenando-os à infoexclusão, numa época em que praticamente toda a informação relevante passa por meios digitais, em particular pela internet.

Os titulares de direitos de autor e direitos conexos nunca tiveram o direito de controlar o uso privado, há limites ao direito de autor e direitos conexos que sempre foram impostos e obras e prestações que não são pro-

executivos e os utilizadores preferirem fazer downloads, mesmo não autorizados. Acresce a venda dos CDS/ DVDs logo quando terminam os espectáculos ao vivo, aproveitando o entusiasmo do público, eventualmente com a assinatura dos autores, intérpretes ou executantes. Quanto ao mercado on line, a solução passa por baixar drasticamente os preços (o que já começa a acontecer, nomeadamente, com o spotify e as operadoras de redes telefónicas, que praticam preços muito mais baixos do que o i-Tunes), e pela remuneração através de receitas publicitárias, por cada clique, em vez dos tradicionais royalties. O copyleft, está muito longe de ser a causa da crise, nomeadamente no âmbito musical, como atestou a revolução Radiohead, um de muitos exemplos que poderíamos mencionar, mas que se tornou emblemático, (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Radiohead>, consultado em 30 de abril de 2013), bem como a posição dos Monty Python, no audiovisual, lançando o Monty Python youtube channel (<http://www.techdirt.com/articles/20081119/0307122880.shtml>, consultado em 30 de abril de 2013).

O mesmo se se diga das creative commons (entre nós: <http://creativecommons.pt/>, consultado em 30 de abril de 2013), em que os titulares, a um nível intermédio entre open source/ copyleft e copyright, optam por conceder licenças standart, mais abertas ou mais fechadas, para o utilizador saber o que pode ou não fazer.

Em todo o caso, criminalizar não resolve o problema: se é fechada uma rede P2P hoje, no próprio dia abre outra. Por isso, saudamos a decisão do DIAP de não acusar milhares de utilizadores privados por downloads não autorizados para uso privado (<http://www.publico.pt/tecnologia/noticia/diap-arquiva-processo-contra-partilha-de-ficheiros-por-ser-impossivel-identificar-responsaveis-1564850>, consultado em 30 de abril de 2013).

Sobre o caso mundialmente famoso Megaupload, consulte-se J. Bahati, L'affaire MEGA-UPLOAD et la question du téléchargement illégal sur Internet, CreateSpace Independent Publishing Platform, Bélgica 2012, também disponível em <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.0/be/>. Veja-se também <http://en.wikipedia.org/wiki/Megaupload>, e sobre o novo Mega, <https://mega.co.nz/consultados> em 30 de abril de 2013.

Quanto ao corte da Internet, parece-nos, inclusive, inconstitucional, pois exclui indiscriminadamente os utilizadores do acesso à informação, numa época em que quase toda ela passa por este meio digital, na denominada Sociedade da Informação. Por outro lado, também não resolve o problema da crise do negócio dos bens culturais.

A solução deveria antes passar pelo pagamento de um montante destinado aos titulares de direitos de autor e direitos conexos quando se fazem e renovam contratos de acesso, como acontece, entre nós, com o pagamento às entidades de radiodifusão, que aparece, uma vez por ano, na conta da electricidade.

tegidas, por não satisfazerem os requisitos de protecção ou pelos direitos de exploração já terem caído no domínio público.

Os dispositivos tecnológicos e os sistemas de gestão e informação, aplicados indiscriminadamente, fazem com que se corra o risco sério, paradoxal e irónico, de a Sociedade da Informação se transformar numa sociedade *pay-per-view*, em que o acesso à informação, às ideias e bens culturais tradicionalmente livres na era analógica, têm que ser pagos, numa época em que a internet, meio, por excelência, de comunicação pública, permite um fluxo cada vez maior e mais imprescindível de informação digitalizada e à distância de um clique.

Só um adequado balanço entre os interesses dos titulares de direitos e dos utilizadores permite a promoção e difusão da cultura e da informação, imprescindíveis para a evolução da sociedade, se revela aceitável. Este equilíbrio, em nosso entender, está colocado em causa pela legislação vigente, que restringe em demasia a liberdade de utilização das criações intelectuais e da própria informação pelo público em geral. O livre acesso à informação, convém não esquecer, faz parte dos direitos, liberdades e garantias, em democracia.

3 REGIME E CRÍTICAS RELATIVAMENTE AOS DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS EM PORTUGAL

Independentemente de outras classificações possíveis, Koelman e Helberger, dividem os dispositivos tecnológicos em quatro tipos, a que aderem, em Portugal, Moura Vicente e Menezes Leitão¹⁶, sendo certo que alguns aparecem combinados a sistemas de informação para a gestão de direitos (o que é normal acontecer na prática), ou se traduzem predominantemente em medidas de informação e gestão, pelo que a classificação deveria ter um título mais abrangente. Usá-la-emos, contudo, por motivos de facilidade de exposição. Encontramos, de acordo com classificação exposta:

¹⁶ Com mais detalhe, veja-se J. K. Koelman e N. Helberger, «Protection of technological measures», P. B. Hugenholtz (coord.), *Copyright and Electronic Commerce. Legal aspects of Electronic Copyright Management*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, p. 165-227; L. M. Teles Menezes Leitão, *Direito de Autor*, op. cit., p. 366 e ss.; L. M. Teles Menezes Leitão, «Dispositivos tecnológicos de protecção e direito de acesso ao público», Apdi e J. de Oliveira Ascensão (coord.), *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, vol. X, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 137 e ss., em especial, p. 139-140; D. Moura Vicente, «Direito...», op. cit., p. 500 ss., autores que seguimos muito de perto na exposição.

- a) Mecanismos que colocam o acento no controlo do acesso. Alguns exemplos: permite-se o acesso a um conteúdo colocado *on line* através da própria fonte, exigindo uma senha de acesso, normalmente em conexão com um contrato de licença que tem como contrapartida um pagamento; controla-se o acesso através do receptor, como acontece quando é necessário um decodificador para aceder a determinadas utilizações via TV; ao controlo de acesso a um exemplar de uma obra já adquirido, como as medidas que impedem reproduções de um CD-ROM, de um dado *software*, ou de acessos subsequentes, neste último caso, pense-se nos CD-ROM de instalação de programas quando o programa de instalação se destrói após a primeira utilização.
- b) Mecanismos que se destinam a controlar determinadas utilizações, tais como, por exemplo, a impressão de textos e a sua reprodução em suporte digital. Estes mecanismos podem impedir que determinado documento digital possa ser impresso, ser objecto de cópia integral, ou possa ser colocado *on line*. O objectivo é impedir que cópias excessivas do documento, por exemplo, permitindo cópias apenas a partir do original, ou instalando um *worm* no computador que destrói as cópias do documento.
- c) Mecanismos que visam proteger a integridade e genuinidade, nomeadamente, impedindo a modificação da obra ou prestação. Normalmente, estão ligados à protecção de direitos morais, impedindo, por exemplo, o *morphing*. Também se encontra aqui a autenticação exigida por autores de determinados blogues ou a limitação à supressão de conteúdos numa obra em regime de *open source* (como, por exemplo, a *Wikipedia*).
- d) Mecanismos que permitem a contabilização do número de acessos ou a duração desses acessos, facilitando a exploração económica das obras, prestações ou produtos protegidos. Estamos já no domínio da gestão e informação de direitos, uma vez que se controla o uso que se faz da obra, prestação ou produto, cobrando do utilizador as utilizações excessivas, desconformes com a licença a que este tipo de utilizações está ligado.

A doutrina nacional critica a concessão destas medidas ao fabricante da base de dados protegido pelo direito *sui generis* acima referido, uma vez que se alarga a protecção para fora do Direito de Autor e dos Direitos

Conexos, passando a proteger a organização de produtos de carácter informativo, para tutela do investimento contra actos de concorrência desleal, em especial actos de concorrência parasitária, e actos de utilizadores finais que prejudiquem o investimento, esforço e trabalho (*sweat of the brow*), colocando em causa o domínio público, cada vez mais em crise¹⁷.

Enquanto o direito *sui generis* do fabricante da base de dados é desprovido de tutela penal, a retirada não autorizada de medidas tecnológicas que o protejam é punida. A incongruência é total¹⁸. Os dispositivos tecnológicos são tutelados pela via penal e civil¹⁹.

Isto, num momento em que em Portugal, e não só, muitos autores são favoráveis à descriminalização de condutas socialmente reprovadas e autores de renome questionam a penalização da violação dos próprios direitos de autor e direitos conexos²⁰.

Quanto à tutela penal, a neutralização de tais medidas é considerada crime pelo artigo 218º, n. 1 CDADC. No tipo legal exige-se falta de autorização para a neutralização da medida, conhecimento dessa falta de autorização ou existência de motivos razoáveis para essa falta de conhecimento (elementos objectivo e subjectivo). A pena vai até um ano de prisão ou multa até 100 dias.

¹⁷ Cfr. L. M. Teles Menezes Leitão, *Direito de Autor*, op. cit., p. 371; A. Libório Dias Pereira, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 633 ss., questiona a inconstitucionalidade da extensão.

¹⁸ Cfr. P. Dias Venâncio, *Direito Especial do Fabricante de Bases de Dados*, Tese de Mestrado (Pré-Bolonha), Orientadora M. Vitória Rocha, no prelo, p. 184-188. A Tese encontra-se depositada na Universidade Católica Portuguesa.

¹⁹ Os Tratados OMPI 1996 e a Directiva não definem a natureza das sanções a aplicar à neutralização de dispositivos tecnológicos ou actos preparatórios, exigindo apenas protecção jurídica adequada, sanções eficazes, proporcionadas e dissuasoras, não seria forçoso o recurso a uma tutela penal.

O anteprojecto do CDADC era particularmente criticável porque a neutralização de medidas tecnológicas tinha a mesma pena que a violação de direitos patrimoniais de exclusivo de autor ou direitos conexos. A equiparação não tinha sentido. Algumas medidas tecnológicas, por exemplo, as medidas de acesso, não têm por objectivo a tutela em si de direitos de autor ou de direitos conexos, mas garantir o pagamento da remuneração devida pelo acesso, sendo certo que estas medidas são aquelas em que assenta a base tecnológica do comércio electrónico. Os bens tutelados são, quando muito, direitos de crédito dos que exploram on line obras ou prestações. Com mais detalhe D. Moura Vicente, «Medidas.», op. cit., p. 510-511. Em sentido semelhante, J. de Oliveira Ascensão, *Estudos sobre direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 117 e ss., e p. 163 e ss.

²⁰ Neste sentido, J. Miranda e M. Pedrosa Machado, *Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial (Parecer)*, Lisboa, 1995; J. de Oliveira Ascensão, «Direito Penal de Autor», *Estudos em Homenagem a Manuel Gomes da Silva*, Lisboa, 2001, p. 457 ss.; D. Moura Vicente, «Medidas...», op. cit., p. 512.

A tentativa à punida com multa até 25 dias, nos termos do n. 2 do artigo 218º CDADC.

Como os actos preparatórios também são proibidos, o artigo 219º também os pune com pena de prisão até 6 meses ou multa até 20 dias.

Não parece razoável, como refere Menezes Leitão (que considera a solução paradoxal), que a tentativa apenas seja punida com multa e os actos preparatórios, num tipo autónomo, com pena de prisão²¹. Podem ser aplicadas penas acessórias de apreensão e perda de coisas, no caso de prática dos crimes referidos, nos termos do artigo 225º CDADC

Quanto à tutela civil, aplicam-se as regras gerais da responsabilidade civil que, de acordo com o artigo 226º CDADC, é independente do procedimento penal a que haja lugar, embora possa ser exercida em conjunto com a acção penal.

O CDADC também prevê a possibilidade de interposição de procedimentos cautelares, de acordo com o artigo 227º.

Retomando a questão colocada *supra*, os dispositivos tecnológicos de protecção, bem como a criminalização da sua retirada, desde o início que levantaram a questão de alteração grave ao equilíbrio de interesses previsto pelo Direito de Autor e Direitos Conexos em desfavor da comunidade, dos utilizadores em geral.

Os Direitos de Autor e os Direitos Conexos sempre estiveram limitados pelos requisitos de protecção, pelo uso privado, pelos limites impostos por lei e pelo domínio público.

Não podem servir para violar direitos e liberdades fundamentais consagradas constitucionalmente, em que se destacam a liberdade de expressão, de divulgação do pensamento e de informação, tanto no sentido de informar como de ser informado (cfr. artigo 37º da Constituição da República Portuguesa, doravante designada CRP).

Em circunstâncias normais, não há essa violação. Mas já não se passa o mesmo quando haja uma protecção injustificada.

Se o direito de autor tiver uma duração excessiva, a comunidade é privada de bens culturais que ficam em regime de monopólio privado até à queda no domínio público. Para Oliveira Ascensão, por exemplo, a duração dos direitos patrimoniais de autor na União Europeia (doravante designada UE) ser já a vida do autor mais setenta anos contados a partir de 1 de janeiro

²¹ Direito de Autor, op. cit., p. 373.

do ano seguir à morte deste é manifestamente excessiva. A protecção poderá atingir 150 anos ou mesmo mais. Basta pensarmos numa obra realizada na juventude de um autor que morre muito velho. Podemos acrescentar as situações de colaboração, em que o prazo começa a correr após a morte do último de uma série de colaboradores, e este morre em idade provecta, a protecção ainda pode durar mais. Também achamos um exagero. Isto, todavia, não é privativo do Direito de Autor. Em matéria de Direitos Conexos, a Directiva n. 211/77/EU, transposta em Portugal pela Lei 82/13, de 6 de Dezembro, implica que a tutela dos direitos dos artistas intérpretes ou executantes passe de 50 para 70 anos, com falsos argumentos de protecção dos artistas. O que se pretende é reutilizar gravações antigas que ainda têm um mercado e podem ser tecnicamente reutilizadas, com o objectivo de recuperar o investimento. Mas que necessidade há de recuperar um investimento que já foi pago durante 70 anos?²²

No domínio da Propriedade Industrial, a tutela de certas criações em que o mercado é muito curto, torna excessiva, mesmo uma protecção aparentemente curta de 20 anos via patentes, ou de 25 anos via modelos ou desenhos (não é por acaso que surgiu a protecção comunitária dos desenhos e modelos não registados, com um prazo curto de 3 anos). Se houver cúmulo de protecções, por exemplo em matéria de *design*, aos vinte e cinco anos decorrentes da protecção como desenho ou modelo ainda pode crescer todo o prazo de exploração decorrente do direito de autor, que se soma ao primeiro, mesmo quando já não há mercado para o bem em causa, porque este ficou desactualizado ao fim de poucos meses ou anos. Trata-se de uma forma ilógica de tentar proteger intermediários, sem que nada o justifique e à custa da evolução da comunidade²³.

Retornando aos dispositivos tecnológicos, não está em causa contestar estes meios. Faz parte da normalidade pagar para obter um bem,

²² J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos tecnológicos de protecção, direitos de acesso e uso de bens», APDI e J. de Oliveira Ascensão (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VIII, Coimbra Editora, Coimbra, p. 101-122, em especial p. 107-110.

²³ Por isso, faz todo o sentido a restrição proposta por L. M. Couto Gonçalves, *Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, 3.ª ed., Revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2012, p. 145. Para os casos de cúmulo, em que o mercado já não justifica que ao prazo como desenho ou modelo, de 25 anos, já caducado, ainda acresça o prazo de protecção via direito de autor, propõe, *de iure constituto*, uma solução que considera ser de compromisso, por recurso à figura do abuso de direito (entre nós previsto no artigo 334º do Código Civil), no sentido de considerar a possibilidade de um direito de recusa, atentas as circunstâncias do caso concreto, «em situações mais graves e relevantes para o funcionamento do mercado e da salvaguarda do interesse público da livre concorrência».

material ou imaterial. Já não é normal que o acesso e uso desse bem seja despropositadamente dificultado ou impedido.

Como salienta Oliveira Ascensão, o problema de fundo está na forma como se perspectiva o domínio público. Este não deve ser visto «como um cemitério de obras que perderam valor comercial: é antes o destino normal das obras, quando se esgotam as razões de atribuição de protecção autoral»²⁴. Há todo o interesse em que tais obras/prestações, estejam disponíveis no domínio público de modo a fomentar a criatividade e a evolução da comunidade.

No contexto da UE, as restrições à concorrência traduzidas nos direitos de exclusivo (economicamente, monopólios individuais) apenas se justificam porque a tutela da criatividade e do investimento que potenciam são benéficas, mas só enquanto forem benéficas. Cumprida a função de tutela dos direitos de autor e dos direitos conexos, prevista no artigo 42º, n. 2 CRP, nada justifica o seu alargamento. E isto também para protecção dos próprios consumidores. A hipertrofia dos direitos de autor, dos direitos conexos e do direito *sui generis* do fabricante da base de dados faz-se à custa da liberdade da concorrência e da protecção do consumidor.

Este exagero de protecção é tradicionalmente impedido pelos limites ou restrições, que são manifestações da liberdade de uso e acesso a ser protegida.

Em certos casos dispensa-se o consentimento do autor para a utilização da obra, como nas hipóteses previstas no artigo 75º CDADC, as utilizações são lícitas, com ou sem remuneração, consoante os casos (cfr. artigo 76º), por razões de interesse público, como sejam assegurar o direito de informação e expressão, fomentar a circulação das obras para fins culturais, ou de ensino, ou outros; o mesmo se passa com as limitações introduzidas em matéria de direitos conexos pelo artigo 189º n. 1 e n. 3, este último remetendo para as excepções e limitações decorrentes do próprio direito de autor, caso se justifiquem.

Fica subtraído ao direito de autor o uso privado da obra, desde que se verifiquem determinados requisitos, previstos nos artigos 75º, n. 2, al. a), n. 4, 81º, al. b), e 108º, n. 2, CDADC, aplicável aos direitos conexos na medida em que com eles seja compatível, nos termos do artigo 189º, n. 3.

²⁴ ASCENSÃO J. de Oliveira, Dispositivos, op. cit., p. 110.

Também estão fora de protecção determinadas obras, previstas nos artigos 7º e 8º CDADC, e as obras e prestações caídas no domínio público já atrás referidas (art. 31º ss. e art. 183º), bem como as obras e prestações que não preencham os requisitos de protecção (cfr. arts. 1º ss e 176º ss CDADC)

A Directiva prevê também, no artigo 5º, vinte excepções e limitações aos direitos de reprodução, comunicação ao público e distribuição (previstos nos artigos 1º, 2º e 3º), uma obrigatória para os Estados-Membros e as restantes com carácter facultativo.

Embora longo, o enunciado das excepções taxativas representa apenas o mínimo a que a Comissão não pôde fugir. E a cláusula, aparentemente aberta, prevista no artigo 5º, n. 3, que admite, sob condição, restrições já existentes nos direitos nacionais, é desprovida de significado útil, pois que se refere a situações de menor importância e não têm qualquer aplicação no Direito português.

Para além de um limitado e insuficiente número de restrições admitidas, cria-se um outro problema. O de não se criarem restrições adequadas ao ambiente digital, situação paradoxal em plena Sociedade da Informação^{25/26}.

Por muito que gostássemos de desenvolver mais a relação entre as medidas tecnológicas, o direito da concorrência e o direito do consumo, não podemos nos afastar do objectivo central: a questão do desequilíbrio gerado pelas medidas tecnológicas e sistemas de informação e gestão de dados em desfavor do utilizador.

Tal como estão previstas, é caso para dizer que o utilizador estaria melhor no âmbito analógico do que no domínio digital, por muito paradoxal que tal se afigure.

²⁵ Com mais pormenor, J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», op. cit., em particular p.111 e p. 113.

²⁶ A Directiva preocupou-se com a questão, no artigo 6º, n. 4, mas estabeleceu uma importante distinção consoante a natureza do suporte. No tocante às reproduções em papel, ou suporte semelhante, resulta do 1º parágrafo do artigo 6º, em conjugação com o artigo 5º, n. 2, al. a), que os Estados-Membros devem tomar as medidas adequadas para que os utilizadores beneficiem das excepções ou limitações ao direito de reprodução previstas na legislação nacional respectiva; quanto às reproduções noutros suportes, em particular em suporte digital, determina-se no segundo parágrafo do n. 4, do artigo 6º que os Estados-Membros podem (já não devem) tomar essas medidas relativamente aos beneficiários dessa excepção para uso privado. Ou seja, há um claro desfasamento em detrimento dos utilizadores no âmbito digital. Acresce que, nos termos do 2º parágrafo, parte final, as ressalvas em causa não impedem os titulares de direitos de adoptarem as medidas adequadas quanto ao número de reproduções efectuadas nestas disposições. Com mais detalhe, D. Moura Vicente, «Direito de Autor, op. cit., p. 514-515.

Se uma obra existe no domínio analógico e estamos perante um limite ou restrição ao direito de autor ou aos direitos conexos (por exemplo, no âmbito do artigo 75º), o utilizador poderá usar a obra sem ter que pedir qualquer autorização; no entanto, se a obra em causa só existir no domínio digital, o que se vai tornando cada vez mais comum, nomeadamente com os *e-articles* e *e-papers* e mesmo *e-books*, mesmo que a lei permita o livre acesso, de nada adianta ao utilizador se a obra estiver protegida por uma medida tecnológica, uma vez que não lhe é permitida a retirada dessa medida, nem mesmo para utilizações livres, sob pena de se arriscar a uma pena de prisão até um ano ou multa (art. 218º, CDADC). O mesmo se diga se a obra, por força dos artigos 7º ou 8º, não for susceptível de protecção, ou se já tiver caído no domínio público, ou nem satisfizer os requisitos de protecção. A menos que haja exemplares no mundo analógico, ao utilizador será vedada a retirada das medidas tecnológicas, não obstante ser livre a utilização.

A solução parece-nos inaceitável.

O direito de citação, limite supremo em matéria de direitos de autor e direitos conexos, não é, sequer, incluído no domínio digital para efeitos de aplicação do artigo 6º²⁷.

Quanto aos meios facultados aos beneficiários das restrições para efectivar o seu direito, o legislador nacional foi confrontado com o artigo 6º da Directiva, nos termos do qual, a regra só se aplica quando os beneficiários tenham legalmente acesso à obra ou a outro material protegido, excluindo a disponibilização de meios que permitam beneficiar das restrições obras ou outros materiais disponibilizados ao público ao abrigo de condições contratuais acordadas e por tal forma que os particulares possam ter acesso àqueles a partir de um local e num momento por eles escolhido, isto porque no 4º parágrafo do artigo 6º se prevê que o disposto no 1º e 2º parágrafos não se aplica a estes casos. Uma vez que o acesso nestas condições tende a ser a forma mais comum de utilizar as obras, as prestações e outros bens disponíveis em rede, isto implica que, de algum modo, o uso privado de todos estes bens fica na disponibilidade dos titulares de direitos sobre os mesmos²⁸.

²⁷ Em sentido idêntico, J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», op. cit., p. 115, mais desenvolvidamente, expressa a sua revolta p. 119 ss, defendendo a criação de um Direito da Cultura.

²⁸ O legislador Comunitário teve consciência do problema criado, daí a previsão do artigo 12º, n. 1, no sentido de seguir atentamente a aplicação da Directiva e, no tocante ao artigo 6º a preocupação com o eventual desequilíbrio criado pelas medidas tecnológicas. Também o Considerando 15 da Directiva demonstra preocupação, no sentido de os Estados-Membros tomarem medidas adequadas para evitar o desequilíbrio. Como salienta D. Moura Vicente, «Direito de Autor...», op. cit., p. 516, pode-se afirmar que a Directiva se inclinou para o primado das excepções e limitações aos direitos de exclusivo sobre as medidas de carácter

A norma deu origem ao artigo 222º CDADC, segundo o qual, o disposto no artigo 221º não se aplica às obras, prestações ou produções protegidas que forem disponibilizadas ao público na sequência de acordo entre titulares e utilizadores, de tal forma que a pessoa possa aceder a elas a partir de um local e num momento por ela escolhido.

A norma é bastante ambígua, refere-se a obras disponibilizadas *on line* e tanto pode ter por base, aparentemente, acordos prévios colectivos ou individuais como a mera adesão forçada do utilizador a cláusulas gerais pré-definidas *on line*, a que não pode escapar, sob pena de não celebrar o contrato²⁹.

Se o titular de direitos não puser à disposição dos beneficiários voluntariamente as utilizações livres previstas, mantendo-as protegidas por medidas tecnológicas, a Directiva não impõe qualquer sanção. Cada Estado-Membro procede como achar melhor. Como as restrições salvaguardadas praticamente não têm interesse económico, o recurso a processos judiciais nem sequer é solução, pois os utilizadores não estarão dispostos a suportar os custos e demora do processo para uma utilização que o mais provável é, entretanto, ter perdido interesse.

O CDADC, deste ponto de vista, aparece com uma solução, aparentemente interessante, mas desprovida de qualquer interesse prático.

O artigo 221º impõe aos titulares de direitos protegidos o depósito junto da Inspeccção Geral das Actividades Culturais (doravante designada por IGAC) dos meios que permitam aos utilizadores beneficiar das utili-

tecnológico, o que seria a única postura correcta. Todavia, esta interpretação é colocada em causa e afastada pelo Considerando 39 da Directiva, nos termos do qual, as excepções e limitações não devem inibir a utilização de medidas de carácter tecnológico, nem a repressão dos actos destinados a neutraliza-las. De uma penada, deitou-se o edifício abaixo, diríamos nós, hipertrofiando as medidas em causa mesmo para casos em que não têm qualquer justificação.

²⁹ J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», op. cit., p. 116-117, considera artigo 6 pressupõe um acordo específico, seja colectivo, seja individual entre o prestador do serviço *on line* e o utilizador. Ou seja, tem que ser um acordo prévio negociado. Defende, por isso, a aplicação restritiva do artigo 222º. Não basta a adesão a cláusulas contratuais gerais, modo que tende a ser o normal na exploração das obras por esta via, de outro modo não faria qualquer sentido a relação entre o artigo 222º e o artigo 75º, n. 5, que considera nula toda e qualquer cláusula contratual que vise impedir ou eliminar o exercício normal pelos beneficiários das utilizações mencionadas nos n.s 1, 2 e 3 do artigo em questão, sem prejuízo de as partes acordarem livremente as respectivas formas de exercício, designadamente, os montantes das remunerações equitativas. Todavia, o problema continua por resolver, havendo dispositivos tecnológicos que impeçam o acesso a tais utilizações.

zações permitidas por lei para as hipóteses previstas no seu n. 1, a saber: utilizações livres do n. 2 do artigo 75º, als. a), e), f), i), n), p), q), r), s) e t), do artigo 81º, b), do artigo 152º, n. 4 e do artigo 189º, als. a), c), d) e e)³⁰.

Ressalvam-se, do regime processual geral uma série de utilizações livres previstas no CDADC, embora as mesmas sejam muito modestas relativamente ao acervo das medidas previstas, não incluindo, sequer, o direito de citação³¹.

³⁰ Ou seja: as utilizações livres previstas no n. 2 do artigo 75º nas alíneas a) reprodução para fins privados, em qualquer suporte, realizada por pessoa singular; e) reprodução e colocação à disposição do público para fins de informação de discursos, alocações ou conferências, que não se incluam no artigo 7º, por extracto ou resumo; f) reprodução, distribuição e disponibilização pública para fins exclusivos de ensino em dado estabelecimento, de partes de uma obra publicada; i) reprodução, comunicação pública e colocação à disposição do público a favor de pessoas com deficiência e na medida estritamente relacionada com essa deficiência; n) utilização da obra para fins de segurança pública ou para assegurar o bom desenrolar ou o relato de processos administrativos, parlamentares ou judiciais; p) reprodução da obra por instituições sociais sem fins lucrativos, como hospitais ou prisões, quando a mesma seja transmitida por radiodifusão; q) utilização de obras, por exemplo, de arquitectura ou escultura, feitas para ser mantidas em locais públicos; r) inclusão episódica de obra ou outro material protegido noutra obra; s) utilização da obra relacionada com a demonstração ou reparação de equipamentos; t) utilização de obra artística sob a forma de edifício, desenho ou planta do mesmo para efeitos da sua reparação ou reconstrução.

Em todo o caso, sempre deverá ser respeitada a regra dos três passos da Convenção de Berna (n. 4 do artigo 75º) e efectuados e as remunerações exigidas no artigo 76º, n. 1, para os limites das als. a) e e) e p); e no caso da al. f) as obras reproduzidas não se devem confundir com a obra de quem as utilize, nem a reprodução ser tão extensa que prejudique o interesse por tais obras.

Também se abrange al. b) do artigo 81º, ou seja, a reprodução para uso exclusivamente privado, desde que respeitados os três passos da Convenção de Berna e o n. 4 do artigo 152º, ou seja, fixações de obras radiodifundidas que tenham interesse excepcional a título de documentação.

Quanto aos direitos conexos, contemplam-se as limitações das als. a) uso privado; c) reprodução para fins exclusivamente científicos ou pedagógicos; d) fixação efémera efectuada por organismo de radiodifusão; e) fixações ou reproduções efectuadas por entes públicos ou concessionários de serviços públicos por interesse excepcional de documentação ou para arquivo.

³¹ A título de exemplo, não são incluídas a reprodução pelos meios de comunicação social de discursos, alocações e conferências pronunciadas em público (art. 75º, n.2, al. b); as revistas de imprensa (art. 75º, n. 2, al. c); a inclusão de fragmentos de obras literárias ou artísticas em relatos de acontecimentos da actualidade (art. 75º, n. 2, al. d); a inserção de citações ou resumos de obras alheias em apoio das próprias doutrinas (art. 75º, n. 2, al. g); a inclusão de peças curtas ou fragmentos de obras alheias em obras próprias destinadas ao ensino (art. 75º, n. 2, al. h).

O uso privado também é atingido, pois que o artigo 221º, n. 8 determina que o disposto nos restantes números não impede os titulares de direitos de aplicarem medidas tecnológicas para limitarem o número de reproduções autorizadas relativas ao uso privado.

Ainda, temos a *vaexatia questio* do artigo 222º, cuja interpretação proposta por Oliveira Ascensão está longe de ser a garantidamente seguida pela doutrina e jurisprudência e que,

De acordo com o n. 1 do artigo 221º *in fine*, n. 2 e n. 3 do mesmo artigo, o interessado, embora não possa retirar a medida tecnológica, pode dirigir-se à Inspeção-Geral das Actividades Culturais (doravante designada por IGAC) para obter a utilização pretendida, dado que, os titulares de direitos protegidos por medidas tecnológicas devem aí depositar os meios que permitam beneficiar as formas de utilização legalmente previstas (n. 1), devendo os titulares de direitos adoptar medidas voluntárias adequadas, tais como acordos entre si ou seus representantes e os utilizadores interessados no sentido de possibilitar o livre acesso (n. 2). Se por omissão de conduta por parte do titular de direitos, a medida tecnológica impedir ou restringir o livre acesso, a IGAC é a entidade a quem o utilizador se deve dirigir, solicitando o acesso aos meios ali depositados (n. 3).

O objectivo da norma é permitir aos interessados o recurso a um meio mais expedito e menos dispendioso do que o recurso aos meios processuais normais, para situações em que tal recurso nem sequer se justificará, pelo menos no caso das limitadas situações previstas no artigo 221º.

No entanto, a norma, infelizmente, não tem qualquer interesse, ou terá um interesse desprezível, por várias razões: a IGAC não tem competência para decidir; o titular de direitos não sofre qualquer sanção caso não disponibilize os meios de livre acesso, ou seja, por omissão de conduta, portanto, o acervo do IGAC será zero, ou próximo disso, mesmo em matéria de bens imateriais nacionais, para além de que, não havendo uniformização deste tipo de procedimentos a nível Comunitário, e muito menos mundial, o acervo em causa não abrangerá, sequer, as obras, prestações ou produtos estrangeiros; a resolução de litígios está sujeita a arbitragem necessária, sendo para tal competente uma Comissão de Mediação e Arbitragem, cujos membros são designados por despacho do Primeiro-Ministro, nos termos do artigo 30º da Lei 83/01, de 3 de agosto, ou seja, os árbitros nem sequer podem ser livremente escolhidos pelas partes, pelo que mais valeria o recurso à arbitragem voluntária³²; das decisões da Comissão cabe recur-

se for interpretado em sentido amplo, pelo seu potencial restritivo de utilizações livres de obras, prestações e produtos, na esmagadora maioria, disponíveis on line, aniquila paradoxalmente, o uso livre era digital, com importantes reflexos negativos no direito de acesso à informação e, em consequência, na investigação e no ensino. Encara com preocupação o artigo, D. Moura Vicente, «Direito...», op. cit., p. 518-519, referindo-se ao facto de o nosso país ser particularmente carenciado e dependente do estrangeiro nesta matéria.

³² Esta limitação ao princípio da autonomia da vontade não tem qualquer justificação e não agiliza o processo. Teria sido preferível a aplicação do comum regime da arbitragem voluntária. No mesmo sentido, D. Moura Vicente, «Disposições...», op. cit., p. 520; do mesmo au-

so para o Tribunal da Relação, com efeito meramente devolutivo (n. 4 e n. 7 do artigo 221º, o último, quanto ao regulamento da dita Comissão); o incumprimento das decisões da Comissão pode dar lugar, quando muito, à sanção compulsória prevista no artigo 829º-A do Código Civil (n. 5), já de si bastante restrita, ou seja, apenas prevista para os casos em que não é possível o recurso à execução específica e para obrigações infungíveis limitadas, que significa que o artigo 221º afasta, sem que nada o justifique, o recurso à execução específica; embora a tramitação dos processos previstos tenha natureza urgente, de modo a permitir a sua conclusão no prazo máximo de 3 meses (n. 6), há que colocar em causa o interesse de tal urgência, se não há qualquer sanção caso o prazo seja ultrapassado, o que, como a prática nos ensina, será altamente provável (também os procedimentos cautelares têm natureza urgente, com duração máxima prevista de 2 meses, e chegam a durar dois anos ou mais, eventual inutilidade superveniente da lide. Já para não questionar se 3 meses não é um prazo excessivo, atenta a eventual urgência do utilizador, como será o caso normal).

Ou seja, o legislador bem poderia ter ficado quieto. O sistema é tão desadequado que se cai no mesmo sistema de recurso às vias jurisdicionais tradicionais. *De iure condendo*, Oliveira Ascensão³³ propõe atribuir à IGAC competência para autorizar o acesso ou a utilização pretendidos quando os pressupostos legais se verificarem, bastando para tanto uma apreciação sumária. Se continuasse a haver conflito entre o utilizador e o titular de direitos é que interviria uma solução processual, por intermédio ou não, de uma Comissão de Mediação e Arbitragem.

No entanto, mesmo esta solução não nos satisfaz por completo, uma vez que não há qualquer garantia de que o beneficiário das medidas tecnológicas deposite o que quer que seja junto da entidade administrativa, cujo acervo pode ser zero. O depósito de obras/prestações livres de constrangimentos tecnológicos deveria constituir uma obrigação, abrangida como contravenção sujeita a coimas e geradora de responsabilidade civil. Além disso, a entidade administrativa deveria ser obrigada a decidir num prazo muito curto, no máximo 48h, valendo o silêncio (ou a falta de acervo, caso não se optasse por sancionar o beneficiário) como autorização para a retirada das medidas pelo utilizador.

tor, «Meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio electrónico», APDI y J. de Oliveira Ascensão (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 145 ss.

³³ J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», op. cit., p. 118.

Sem um via célere e eficaz: «Seria mais verdadeiro dizer que no digital não funcionam quaisquer restrições, pelo menos em benefício da arraia miúda»³⁴.

4. REGIME DAS INFORMAÇÕES PARA A GESTÃO ELECTRÓNICA DE DIREITOS EM PORTUGAL

Os sistemas de informação e gestão de dados têm por técnica base a estenografia digital, que consiste em esconder a identificação da obra, prestação ou produto protegido num arquivo que não seja perceptível para o utilizador e não possa dissociar-se do arquivo a que se adere. Dentro destas técnicas, a mais conhecida é a «marca de água» ou «tatuagem digital», que permite a identificação com um código numérico especial não detectável pelo utilizador. A técnica permite ao titular de direitos saber onde está situado o código e pode ter a certeza se a cópia é autorizada ou se se trata de um exemplar pirateado. Nas versões mais desenvolvidas, «a tatuagem electrónica» permite aplicar um número de identificação único quer no suporte, quer na própria obra, prestação ou informação incorporada no suporte³⁵. Como são facilmente vulneráveis, basta ter conhecimentos rudimentares de informática para as eliminar sem deixar rasto, entendeu-se, por isso, que careciam de protecção. Estão protegidos no artigo 223º CDADC.

A sua retirada é sancionada com responsabilidade civil, nos termos gerais, e penal. Quanto à pena, o artigo 224º, als. a) e b), abrange também os actos preparatórios e a tentativa. A retirada das medidas e os actos preparatórios são punidos com uma sanção idêntica de pena de prisão até um ano ou multa até 100 dias. A tentativa apenas é punida com multa. Ao contrário do que se passa com as medidas tecnológicas, aqui a retirada e os actos preparatórios estão sujeitos à mesma pena, embora a tentativa continue

³⁴ J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», op. cit., p. 118.

³⁵ Seguimos de perto I. Garrote Fernández-Díez, Comentário, op. cit., p. 107. O autor refere, por exemplo, dentro de um CD musical, a possibilidade de identificação de cada canção com um número irrepitível. Com mais detalhe, veja-se o autor citado, p. 107 e ss., que afirma estarem as técnicas de tatuagem electrónica em constante evolução e se refere às múltiplas variedades das mesmas. «A grandes rasgos, baste decir que están basadas en algoritmos y tienen tres funciones relevantes para los derecho habientes [...]. En primer lugar, sirven de "aviso para navegantes", cuando son visibles, informando de que la obra se encuentra protegida por el derecho de propiedad intelectual. En segundo lugar, sirven para identificar una obra como original [...]. Y, en tercer lugar, sirven para probar prima facie la titularidad de los derechos patrimoniales sobre una obra, así como la paternidad sobre la misma».

a não ser punida com pena de prisão. Exige-se também, nos termos do artigo 224º n. 1, como elemento subjectivo, a prática do acto intencional ou tendo motivos razoáveis para saber da falta de autorização.

O artigo 228º é precioso, não permitindo que as medidas para a informação e gestão de dados ilícitas sejam protegidas, designadamente quando violem a vida privada, como é o caso das medidas draconianas que retiram dados pessoais do utilizador, ou as usadas para impedir a interoperabilidade com outros produtos, o que também será ilícito, porque violador da concorrência³⁶.

Em situações de medidas ilícitas, designadamente, por violação do direito da concorrência ou por lesão dos dados da vida privada ou do consumidor, deveria haver uma forma expedita de poder retirar o dispositivo, de modo a não se cair nas delongas e custos das formas processuais tradicionais. Todavia, o CDADC não prevê nenhum meio processual específico, limitando-se a remeter para as regras gerais sobre as respectivas matérias, indirectamente, por força do artigo 228º.

5 CONCLUSÕES

A protecção das medidas tecnológicas e dos sistemas de informação e gestão de dados introduzida no CDADC, por força dos Tratados OMPI 1996 e da transposição da Directiva 2001/29/CE, é excessivamente ampla, possibilitando aos titulares de direitos ampliar os seus exclusivos de exploração para áreas tradicionalmente livres, hipertrofiando o Direito de Autor e os Direitos Conexos, e a própria protecção da informação organizada através do direito *sui generis* do fabricante de dados, pondo em causa o equilíbrio entre os titulares de direitos e os utilizadores, com grave prejuízo para estes últimos e para a sociedade em geral, afectando o desenvolvimento da cultura, da educação, do ensino, da liberdade de expressão e de informação e criando uma situação paradoxal: na Sociedade da Informação, em que a informação digitalizada está à distância de um clique, o utilizador fica menos protegido do que na era analógica. A legislação nacional, no entanto, é apenas o reflexo do que se passa a nível da União Europeia e fora dela (por exemplo, nos EUA) pelo que urge repensar toda esta matéria a uma escala internacional.

³⁶ Entre outros, são conhecidos os casos da Sony no mercado das consolas de jogos e da Lexmark, para as impressoras, no sentido de tentar impedir o uso de cartuchos de tinta genéricos. Trata-se de situações que não se podem admitir à luz das regras Comunitárias do direito da Concorrência. Em pormenor, C. May, *Digital...*, op. cit., p. 130.

REGULAÇÃO DA INTERNET: ATÉ ONDE DEVE IR A LEI?

Thiago Martinelli Veiga

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, advogado e professor. thiagomv@gmail.com.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise crítica sobre a utilização do paradigma positivista liberal pós-revolucionário como marco fundamental para o desenvolvimento de um sistema de regulação da internet e, a partir da constatação de pontos frágeis dessa formatação, sugerir um caminho alternativo que tem como base o ideal antiformalista de teoria do direito. Para tanto, na parte inicial do desenvolvimento procurou-se traçar, em linhas gerais, o percurso percorrido pelo positivismo surgido no seio do pensamento iluminista, desde o período pós-revolucionário até os dias de hoje. Não se trata, pois, de observar a transformação do que Ferrajoli chama de paleopositivismo em um neopositivismo, mas de demonstrar que as antigas matrizes liberais ainda servem de base para a atividade reguladora no atual estado democrático de direito. Em seguida, o artigo apresenta o novo contexto em que o velho paradigma liberal insiste em rabiscar os seus traços, evidenciando o paradoxo entre as instituições positivistas e as características do cenário chamado por Castells de Sociedade Informacional. No centro deste confronto surge então a internet a impor novas perspectivas para a existência da pessoa e da sociedade, intensificando o contraste existente entre uma ideia de teoria do direito que tem como característica primordial olhar para o passado. Assim, diante das incongruências observadas, o artigo apresenta as linhas gerais de uma proposta alternativa de regulação que parece se adequar com mais precisão às características da Sociedade da Informação e da internet, tendo como base uma teoria do direito de matriz antiformalista.

Palavras-chave: Direito. Antiformalismo. Positivismo. Sociedade da Informação.

1 INTRODUÇÃO

A internet tem assumido papel fundamental na sociedade contemporânea, seja como espaço de interação social, seja como ferramenta de informação, desenvolvimento tecnológico ou entretenimento. Compõe como elemento central de tecnologia o que se tem denominado Sociedade da Informação – ou Sociedade Informacional para autores como Castells – e, assim, tornou-se um dos alvos preferidos da ansiedade legisladora.

A formatação das tecnologias da comunicação e da informação, em especial a internet, demarcou a fundação de um novo paradigma tecnológico a ser moldado na sociedade e a ser utilizado por ela, ou seja, determinou o princípio da configuração de uma nova plataforma social sobre a qual

tem se transformado os processos de interação e inter-relação dos seres sociais (indivíduos e organizações).

Ocorre, contudo, que grande parte dos discursos por de trás das propostas de regulação legal da internet parecem não tomar em consideração estas características e as potencialidades da rede, além de ignorar a dimensão de suas nocividades, aproveitando-se de argumentação que ignora ou teme a capacidade de transformação social da web.

Propostas legislativas fundadas nesse tipo de discurso trazem consigo o risco de engessamento da rede e, por consequência, de acessibilidade, criatividade e desenvolvimento econômico, além de margear o campo de violação dos direitos fundamentais.

A supressão de potencialidades da internet, primordialmente no que tange às possibilidades de desenvolvimento do homem significa regressão de garantias e proteções constitucionais, diante do que é preciso ter cautela, ainda que a velocidade de desenvolvimento da Sociedade da Informação reclame algumas respostas imediatas.

Não é possível que, sob o argumento da proteção de direitos se opere limitação a outros sem o devido sopesamento. Contudo, historicamente o processo legislativo tem se mostrado um confortável abrigo para opções políticas não necessariamente compromissadas com este dever de ponderação.

Assim, se faz necessário recontextualizar o direito, tarefa até agora apenas parcialmente cumprida que deveria ter pertencido a um ontem nem tão recente, mas que tem no paradigma informacional uma janela tão ampla como nunca teve, para demonstrar o anacronismo que representa a aplicação do modelo moderno à realidade jurídica contemporânea.

É bem verdade que os períodos marcados pelo início e fim das duas grandes guerras mundiais demonstraram a necessidade de ampliar o campo de proteção constitucional para além dos direitos de defesa, notadamente de caráter individual. A necessidade de acrescentar uma abordagem social que não só protegesse o cidadão da arbitrariedade do Estado, como também determinasse a ação deste Estado perante as necessidades da sociedade, se mostrou clara diante da calamidade instaurada pelos conflitos em solo europeu.

Contudo, ainda que este movimento tenha significado o surgimento das “Constituições Sociais” e de novos rumos para a teoria constitucional, o modelo liberal, que tem o estado democrático de direito como o “Império da Lei”, continua a ocupar papel importante em diversas construções jurí-

dicas contemporâneas, inclusive em algumas daquelas que baseiam decisões legislativas e judiciais.

Continua, ainda hoje, a se vender a ideia de que estaria num sistema legal rígido e completo a solução para diversos problemas da sociedade, argumento que serviu bem ao discurso pós-revolucionário que tinha na figura do Estado Absoluto, cerceador de liberdades individuais, o principal vilão.

Porém, ao se perceber que o meio social regulado pelo direito apresenta demandas outras que não só a proteção do cidadão perante o Estado, nota-se também que a delimitação legalista do dever-ser projetada para o passado, e, portanto, reduzida ao permitido e proibido, precisa ser ampliada para abrigar o prospectivo, a partir do que necessariamente são extrapolados os limites do texto.

A ideia de prospectividade, ao exigir comandos de prestação, demonstra que nem todas as respostas podem ser encontradas no produto da atividade legislativa. Exemplo claro é a própria limitação do exercício dos direitos de prestação pelo princípio da reserva do possível, segundo o qual, ao avaliar uma determinada demanda de direito fundamental social, o juiz deve tomar em consideração as condições econômicas do Estado e o contexto em que se insere a prestação pretendida. A priori, nada disso está escrito, nem o princípio, nem o seu conteúdo.

Ao aplicar a reserva do possível – ou deixar de aplicá-la –, opção que resultará de uma atividade de ponderação, o juiz poderá encontrar o seu conteúdo fora dos textos legais, ou seja, não avaliando somente a lei orçamentária, mas prestando atenção, por exemplo, à habitualidade de gastos do Estado, à situação financeira de momento dos cofres públicos, aos índices de arrecadação e desvio de verbas, e poderá justificar a sua opção em outras fontes de direito como os costumes.

Todavia, esta concepção aberta do que representa a ideia de prospectividade, sofre intensa resistência de doutrinas ainda muito influenciadas pela lógica formalista liberal. Muito embora seja difícil encontrar quem critique a importância da projeção do dever-ser para o futuro, não é trabalhosa a tarefa de encontrar em posições favoráveis, diversos elementos limitadores da função prospectiva.

Nesse sentido, cita-se a debatida distinção entre regras e princípios, tema abordado por diversos juristas como Ronald Dworkin, Martin Borowski, Friedrich Müller, Robert Alexy, José Afonso da Silva, Virgílio Afonso da Silva, dentre tantos outros.

Este último, por exemplo, tomando como base a teoria dos princípios de Alexy, afirma que regras garantem direitos definitivos, enquanto os princípios seriam garantia de direitos *prima facie*, disso concluindo, dentre outras coisas, que a solução dos conflitos entre regras e entre regras e princípios não admite ponderação, mas apenas o uso dos conhecidos métodos positivistas de solução de antinomias – hierarquia, anterioridade e especialidade (SILVA, 2010).

A doutrina do professor Virgílio representa apenas uma das formas de segregação do conteúdo prospectivo a setores concentrados do direito, o que, sem dúvida nenhuma restringe a sua efetividade e importância, além de denotar que o universo jurídico ainda teme o que considera um grau de subjetividade ameaçador do ídolo maior da doutrina liberal, a segurança jurídica.

Ocorre, porém, que o desenvolvimento da internet, hoje já configurada como um efetivo espaço de interação social, criação artística, difusão da informação e de intensa atividade econômica que transborda as fronteiras formais do Estado-nação, coloca em conflito não só regras ou princípios, mas ordenamentos inteiros e seus fundamentos teóricos. Nesse novo contexto, a tarefa de buscar todas as soluções para os problemas da sociedade de direito na lei se mostra claramente utópica, o que se reforça pelo caráter extremamente dinâmico do ambiente web. A velocidade da sociedade em rede não admite que ela seja regulada por um direito que se funde num dever-ser algemado ao passado.

A lentidão da atividade legisladora, aliás, abre espaço para o surgimento, desenvolvimento e aceitação na rede de padrões éticos, morais e de costumes como regras, diante do que se abre espaço para falar em autorregulação da internet, questão que extrapola, inclusive, o problema das fontes, para chegar a possível existência de um ordenamento paralelo àqueles que regulam cada sociedade dentro de suas fronteiras formais.

Assim, o que o presente trabalho pretende é, pois, investigar se as respostas às demanda jurídicas surgidas no seio da Sociedade da Informação devem ser necessariamente legais e em até que medida outras formas de regulação (inclusive a autorregulação) se amoldam ao dinamismo da rede para servir de norte ou complemento da lei.

Sob uma perspectiva antiformalista, o que se busca é evidenciar que o direito pode regular um espaço social, sem que isso signifique produção legislativa em massa ou totalizante, movimento sempre justificado pelos traços desgastados do legalismo liberal pós-revolucionário que assombra a sociedade com o fantasma da insegurança jurídica.

2 O DIREITO COM LEI

A ideia do direito como lei, ou seja, da redução do direito à lei teve sua gênese na segunda metade do século XVI, a partir do processo de purificação sofrido pela lei para que pudesse servir como instrumento fundamental de dominação soberana nos Estados Nacionais. Neste contexto, perderam força os costumes, as opiniões doutrinárias, as sentenças e a prática para que emergisse como fonte única do direito a vontade do soberano encerrada na lei (GROSSI, 2007, p. 40-41).

Como instrumento do soberano, a lei passaria a ser o fundamento da paz pública, papel defendido pelo jurista suíço Emer de Vattel (2004, p. 36) já em meados do século XVIII, se tornando, assim, mais do que uma ferramenta, um elemento essencial do Estado.

Todavia, foi o pensamento iluminista pré e pós-revolucionário que deu as formas do “império da lei” que ainda hoje lança seus tentáculos sobre o pensamento dos juristas. Muito embora o jusracionalismo característico do iluminismo francês do século XVIII remetesse a origem do direito a uma dada razão¹, a qual determinaria a organização dos sujeitos em sociedade mediante o estabelecimento de um contrato, não foi senão sobre as bases de sua teoria que se consolidaram no pensamento jurídico alguns dogmas que ao longo da história foram determinantes para o fortalecimento da lei como fonte primordial, e muitas vezes única, do direito.

No pensamento iluminista a lei ocupa um papel central, a ponto de Rousseau (2003, p. 4) afirmar que o governante só pode exercer a sua autoridade sobre os demais por meio dela. Porém, como afirma Grossi (2007, 51), esta centralidade legal não se sustentaria na teoria iluminista se não fosse suportada por mitos, dogmas que preencheram o vazio deixado pela negação das metafísicas religiosas dos pensamentos anteriores.

Estes mitos se constituíram, nas palavras de Grossi (2007, p. 51), como entidades meta-históricas, pois são criadoras de meta-realidades aptas a dar respostas concretas e perenes que não encontram confronto a partir dos elementos da realidade. E como entidades meta-históricas, os mitos persistem no tempo, muitas vezes inalterados e poderosos.

Um dos principais mitos do pensamento jurídico iluminista era assim sustentado por Rousseau (2003, p. 13):

¹ É o que se denota do pensamento de Montesquieu (2004, p. 17): “Existe, portanto, uma razão primordial, e as leis são as relações que existem entre esta e os diferentes seres, e as relações entre si desses diferentes seres”.

Chego assim à conclusão de que como o primeiro dever do legislador é tornar as leis compatíveis com a vontade geral, a primeira regra da economia pública é que a administração da Justiça esteja de acordo com as leis. Para impedir que o Estado seja mal governado será mesmo suficiente que o legislador tenha provido leis, conforme é preciso, para todas as necessidades de lugar, clima, solo, costume, vizinhança e todas as relações próprias do povo.

Com estas palavras, o filósofo suíço procurava dar as linhas da ideia de completude do ordenamento, de que a lei teria o dever e a capacidade de regular todas as relações sociais e que este seria o caminho para a melhor administração da justiça.

Este mito depende e alimenta outro, defendido por Montesquieu (2004, p. 172):

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar a força nem o rigor. É, pois, a junta do corpo legislativo que, em uma outra ocasião, dissemos representar um tribunal necessário, e que aqui também é necessária; compete à sua autoridade suprema moderar a lei em favor da própria lei, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela.

A ideia aqui desenhada é a de que a lei basta em si mesma, haja vista que emanada pelos legítimos representantes do povo, únicos tradutores da vontade geral.

Foi, aliás, a confluência entre estes dois mitos e a necessidade de segurança jurídica que deram as principais cores ao movimento codificador francês, mediante o qual o governo pretendia criar um conjunto sistematizado de regras aptas a regular todos os tipos de situações juridicamente relevantes travadas entre os particulares e suplantar as normatividades anteriores².

² Grossi trata o movimento codificador como reducionista: “O Código, os Códigos, com o qual é constelada a Idade Moderna a partir dos primeiros anos do século XIX, são a manifestação mais plena de tal mania redutiva. Todo o direito pode e deve ser reduzido às páginas de um sucinto livrinho, aprisionado em uma rede de regrinhas chamadas artigos (ou parágrafos), em que claramente são fixados princípios e comandos; todo o direito, mesmo o direito civil que ordena a vida cotidiana dos privados.” (GROSSI, 2007, p. 138)

Como resultado disso, ao jurista caberia apenas interpretar o código, limitado à razão codificadora, ou seja, à vontade histórica do legislador, o que já não era bem visto na época pelos juristas que resistiam em considerar a razão legislativa superior à sua (HESPANHA, 2005, p. 379). Ainda assim, o projeto codificador foi levado adiante e a escola da exegese, que se dedicou a interpretação do direito codificado, teve grande influência na Europa do século XIX.

Um dos grandes problemas do projeto jurídico iluminista, apontado por Hespânia (2004, p. 381), era sustentar toda esta construção legislativa completa e absoluta na vontade geral, sem que se pudesse identificar na sua manifestação o real interesse dos supostos manifestantes dessa vontade. Outro problema, também assinalado pelo professor português, foi o de limitar a inovação doutrinal ao mesmo tempo em que abriu as portas para as inovações políticas (legislativas) fruto das emoções, sempre em movimento, dos legisladores. O direito passou a ser determinado politicamente e caiu em descrença (HESPANHA, 2004, p. 382).

O que se segue no século XX, no entanto, não é um movimento de ruptura que tenha tentado destronar os mitos jurídicos construídos pelos iluministas, ao contrário. O fortalecimento do direito do Estado proposto por Hegel, a partir da retirada de cena da vontade geral, deixou intocada a lei no pedestal em que havia sido colocada pelo iluminismo francês. A lei deixa de valer por ser fruto da vontade geral, mas passa a ser a expressão da vontade do Estado³.

Nesse novo contexto, a lei mantém a sua centralidade, mas como vontade do Estado não mais precisa se apoiar em construções abstratas, podendo ser objeto, assim, de uma ciência que prescindir de qualquer outro elemento que não a sua constituição objetiva. As normas possuem validade senão por serem normas emanadas de acordo com as regras de competência e a ciência pode, então, ser “pura” para basear as suas construções apenas nos dados legislativos (HESPANHA, 2004, p. 370).

³ É o que explica Hespânia (2004, p. 368): “No plano do direito, Hegel rompe definitivamente com a legitimação contratualista do direito, estabelecendo a ideia de que a lei há de valer, não por ser o produto da vontade geral, mas por traduzir a ‘vontade’ do Estado, como portador da totalidade do interesse público. [...] Nesta perspectiva, o direito tenderia a transformar-se num assunto de monarcas e burocratas, ocupados com a salvaguarda e promoção do interesse público. Mas como o Estado, para além de uma organização de poder, também é uma ideia, uma norma correcta de agir em função deste interesse, o direito deve ser antes concebido como um método racional de construir normas sociais que institucionalizem a prossecução desse interesse público, de desenvolver no detalhe o direito do Estado (soberania) a orientar a sociedade para o seu fim racional, o interesse público.”

Este é o cenário em que Kelsen (1998, p. 50) desenvolve sua teoria pura do direito⁴, prescindindo da materialidade como objeto do estudo do direito, o qual é identificado apenas na norma. Segundo o jurista austríaco, a conduta humana só é objeto da ciência jurídica enquanto determinada pela norma como pressuposto ou consequência, ou seja, na medida em que preenche o conteúdo do preceito normativo. Trata-se da apoteose da norma, cuja expressão mais viva é a lei.

Em Kelsen, diferente do que se tinha nas propostas jusnaturalistas, jusracionalistas, historicistas ou sociológicas a lei não precisa buscar o seu fundamento de validade fora do sistema normativo, não são mais a natureza, a razão, os elementos históricos ou sociológicos a determinar o que se constitui como jurídico, mas tão só a norma, do que a sua posição de centralidade passa a ser quase que uma posição de exclusividade no direito. Não há solução jurídica fora da norma.

Todo esse curso da história resultou, pois, numa supervalorização da lei. Se antes se acreditava ser possível regular todas as situações jurídicas por um conjunto de leis cujo fundamento se buscava na razão e nos princípios estabelecidos em função do arcabouço racional iluminista, no início do século XXI procura-se dar respostas a todos os problemas de Estado tendo como base leis validadas por leis, num sistema que admitia uma vasta ampliação de conteúdo.

Nesse sentido, explica Hespanha (2004, p. 371) que a lei passou a não mais expressar consensos jurídico-políticos permanentes, mas tão só oportunidades de governo e compromissos entre orientações políticas incompatíveis, de modo que a estabilidade e a segurança do direito precisavam ser buscadas em um nível superior, o da constituição.

Neste movimento, aos poucos foi resgatada a materialidade do direito, com o novo fortalecimento da ideia de prospectividade encerrada nos conjuntos de princípios das constituições materiais. A norma deixa de apenas regular o passado e determinar o dever ser para também se incumbir da tarefa de construir para além do plano jurídico.

⁴ Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 1998, p. 1)

O advento do constitucionalismo contemporâneo não teve, porém, força suficiente para libertar o universo jurídico das amarras que o prendem aos mitos iluministas que sustentaram todo o processo de emergência da norma até o patamar elevado construído por Kelsen. Mesmo os princípios, ícones da materialidade e da prospectividade das constituições do pós II Guerra, são tratados por diversos autores como comandos de ser e dever ser, sempre em nome da tão almejada segurança jurídica.

A lei não perdeu o seu papel de centralidade e seguidamente é chamada para solucionar diversas mazelas da sociedade. Retorna-se de forma teimosa à ideia de que é a lei que deve determinar às relações sociais e não o contrário, usa-se a norma como instrumento político de ação e de campanha sem uma preocupação séria do legislativo com a técnica de produção legislativa ou com o substrato de materialidade que deveria orientar tal produção.

Assim, diante do cada vez mais recorrente surgimento de demandas políticas, sociais e econômicas envolvendo o uso e o desenvolvimento da internet e outras tecnologias da informação, cabe investigar se uma construção jurídica baseada na ideia de vinculação do direito a lei possui vigor suficiente para regular de forma apropriada e satisfatória o contexto socio-político da Sociedade da Informação.

Será preciso, portanto, compreender o fenômeno para entender tais demandas e avaliar se as respostas dadas e oferecidas apontam para a direção da regulação ou da desregulação desta sociedade.

3 UM NOVO CONTEXTO PARA O DIREITO: A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A Sociedade da Informação é a nossa sociedade (CARDOSO; CASTELLS, 2005, p. 9), a sociedade em que temos realizado e participado de interações sociais já há algum tempo, muito embora aos olhos de muitos ainda pareça uma sociedade do futuro.

Este algum tempo não possui um marco inicial definido na linha da história, e nem poderia, afinal não se pode tratar uma conformação social como um produto, a ser terminado e apresentado ao público numa determinada data. Contudo, num esforço metodológico poderia se dizer que o embrião da Sociedade da Informação começou a se desenvolver nos anos 60 com a tomada de forma das tecnologias da comunicação e informação (CASTELLS, 2005, p. 17) ou, talvez com mais precisão, entre a segunda metade dos anos 70 e a primeira metade dos anos 80, a partir da criação do

primeiro computador pessoal de sucesso, o Apple II (1976) e do sistema operacional Windows (1983).

A formatação das tecnologias da comunicação e da informação demarcou a fundação de um novo paradigma tecnológico a ser moldado na sociedade e a ser utilizado por ela, ou seja, determinou o princípio da configuração de uma nova plataforma social sobre a qual tem se transformado os processos de interação e inter-relação dos seres sociais (indivíduos e organizações).

Contudo, ao se observar o processo de transformação social nos últimos 30 anos é impossível dissociá-lo do uso do computador pessoal, motivo pelo qual, ainda que seja válido afirmar a existência de um modelo de Sociedade da Informação, a partir da potencialidade dos computadores que antecederam o Apple II, o projeto social só ganhou corpo com o uso da tecnologia por um grande número de pessoas e organizações.

Assim, ao se assumir que não é a tecnologia que determina a sociedade, mas o contrário (CASTELLS, 2005, p. 17), ou seja, que o modelo imaginado (ou concebido) a partir das potencialidades da tecnologia apenas pode constituir um elemento formal, só se pode falar efetivamente em uma Sociedade da Informação no momento em que os atores sociais passaram usar e moldar a tecnologia para seu fim informacional, o que só foi possível com o uso dos computadores pessoais.

Não há, portanto, como determinar com certo grau de segurança um marco de fundação da Sociedade da Informação em período anterior à criação do modelo de hardware e software sobre os quais se difundiram os computadores pessoais, o conceito de PC da Apple e o sistema operacional Windows da Microsoft.

Porém, é preciso ter em conta também que a forma da atual Sociedade da Informação – e fala-se em atual, pois não se trata de um produto pronto – só veio a adquirir traços mais definidos com a difusão da internet nos anos 90, quando assumiu as tecnologias de comunicação como elementos fundamentais de sua coluna vertebral (CASTELLS, 2005, p. 18).

Delimitado, pois, um ponto de partida para a Sociedade da Informação no início dos anos 80 e de tomada de forma nos anos 90, sabe-se que grande parte da população mundial de hoje (segunda década dos anos 2000), assistiu à sua gênese e às primeiras transformações, diante do que para este imenso conjunto de pessoas, esta é uma sociedade de novidades.

Deste modo, é possível caracterizar a Sociedade da Informação tendo como parâmetro aqueles aspectos que representam uma quebra de pa-

radigma ou uma nova formatação de um dos elementos da vida em sociedade, desde que se tenha em conta a necessidade de compreender estes significativos em conjunto.

É inútil dizer de forma isolada, por exemplo, que o uso da internet fez com que os adolescentes permanecessem em casa por mais tempo do que há 20 anos. Esta afirmação não significa que a Sociedade da Informação é uma sociedade de adolescentes “caseiros” ou isolados. É preciso ter em conta que em nossa época, os problemas são sistêmicos, não podem ser entendidos isoladamente (CAPRA, 1995, p. 14).

Todavia, não são incomuns as manifestações proferidas nas mais diversas áreas do conhecimento que ainda não tem como parâmetro a necessidade de inter-relação entre os significativos analisados na tentativa de caracterização da Sociedade da Informação.

Esse quadro é descrito por Castells (2005, p. 19):

Os intelectuais tradicionais, cada vez mais incapazes de compreender o mundo em que vivem, e aqueles que estão minados no seu papel público, são particularmente críticos à chegada de um novo ambiente tecnológico, sem na verdade conhecerem muito sobre os processos acerca dos quais elaboram discursos.

A elaboração de discursos superficiais prejudica a compreensão dos elementos estruturantes da Sociedade da Informação e por isso deve ser evitada. As proposições elaboradas sob pouco ou nenhum conhecimento sobre os elementos tecnológicos base para o desenvolvimento desta ‘sociedade do hoje’, incorpora o risco de fomentar o receio das pessoas em relação à tecnologia, o que provoca uma consequente dificuldade de compreensão do contexto social por estes indivíduos⁵.

Feita essa observação cabe apresentar as novidades que representam os significativos a serem compreendidos de forma sistêmica para servir de base a um conceito apurado de Sociedade da Informação.

⁵ Sobre o medo da técnica causado por discursos superficiais, Piérre Levy discorreu: a imagem da técnica como potência má, inelutável e isolada revela-se não apenas falsa, mas catastrófica; ela desarma o cidadão frente ao novo príncipe, o qual sabe muito bem que as redistribuições do poder são negociadas e disputadas em todos os terrenos e que nada é definitivo. Ao exprimir uma condenação *a priori* sobre um fenômeno artificialmente separado do devir coletivo e do mundo das significações (da “cultura”), esta concepção nos proíbe de pensar ao mesmo tempo a técnica e a tecnodemocracia. (LÉVY, [s.d.])

4 NOVA FORMATAÇÃO DO ESTADO

O Estado fundado sob a ideia de soberania tem perdido sua força com cada vez mais ênfase. O direito internacional tem assumido posição de preeminência em diversos campos da regulação jurídica (DAL RI, 2010, p. 17-27), com destaque para o comércio – principalmente no âmbito da OMC – e a proteção dos direitos fundamentais –, do que a inserção na Constituição Federal de uma cláusula de incorporação de tratados de direitos humanos ao seu conteúdo como emenda é prova inconteste⁶.

Cada vez mais se pensa em valores universais, ou melhor, com maior frequência se percebe que a ideia de valores universais depende de uma universalização de mandamentos e comportamentos, a diferir da ideia de que seria possível regular por meio de um ordenamento jurídico nacional todas as inter-relações políticas, sociais, culturais e econômicas existentes dentro das fronteiras políticas.

A globalização da política e da comunicação demonstrou com clareza que isso não seria possível quando se apresentou ao mundo uma aproximação econômica e social entre os povos (pessoas e organizações) de diferentes países nunca antes vista com tamanha dimensão e velocidade (CASTELLS, 2005, p. 19).

Nessa esteira, a internet tem potencializado o fenômeno ao criar um espaço internacional dentro das fronteiras do Estado-Nação, o qual, diante disso, não pode mais ser regulado unicamente pelos ordenamentos jurídicos pátrios.

Nesse contexto, a Sociedade da Informação se apresenta como uma sociedade internacionalizada, de relativização das soberanias nacionais.

5 NOVAS TECNOLOGIAS

A emergência de novas tecnologias, como já dito, constitui o elemento base para o desenvolvimento de um novo modelo de sociedade. Contudo, este processo não é só causa, mas também consequência.

⁶ Art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, incorporado pela Emenda 45/04: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Novas formas de interação e inter-relação propiciam um ambiente fértil para o desenvolvimento de novas tecnologias, o que se potencializa na medida em que muito dessa tecnologia se desenvolve sob uma plataforma de linguagem nova e aberta. Tanto os limites de evolução do hardware, como dos softwares têm sido desafiados em velocidade acelerada.

Neste ritmo, a possibilidade de desenvolvimento de novas tecnologias é imensa e na medida em que se dá vazão a essa gama de alternativas, o mercado impõe novas demandas complementares, o que determina novas criações e reclama difusão do conhecimento.

Diante disso, a internet, elemento tecnológico central da Sociedade da Informação, assume o papel de força motriz de todo o processo, fazendo da Sociedade da Informação, uma sociedade de produção em rede.

6 NOVAS FORMAS DE PRODUÇÃO

O desenvolvimento de novas tecnologias e a absorção de seu ritmo acelerado de desenvolvimento pelas empresas e economias nacionais leva a uma dinamização do setor produtivo e, por consequência, a um crescimento econômico mais acelerado (CASTELLS, 2005, p. 21).

E isso se dá não só por conta da potencialidade das novas tecnologias, mas porque o seu domínio no mercado representa uma mudança de paradigma do setor de produção. Na Sociedade da Informação é possível crescer com grande velocidade, a partir de fórmulas que antes raramente apresentavam resultado rápido e significativo, como desenvolver um negócio no próprio quarto ou na garagem.

Muito embora este não seja um fenômeno novo – a Walt Disney Co., por exemplo, surgiu no fundo de uma garagem em 1923 e assim começou a se capitalizar – nunca assumiu um papel tão importante na formação de novos atores do cenário econômico global. A velocidade com que Google e Facebook assumiram papel de proeminência no mercado internacional e se capitalizaram na casa dos bilhões – menos de 10 anos no caso do Google e menos de dois anos no do Facebook –, é exemplo de como tem sido possível nas últimas décadas crescer exponencialmente dentro de uma garagem.

Desta realidade, a Sociedade da Informação emerge como uma sociedade de crescimento acelerado das organizações.

7 NOVOS PRODUTOS

As novas tecnologias representam não só a transformação dos instrumentos de produção, mas também dos produtos. Na Sociedade da Informação os produtos tomam a forma da rede e são pensados sob a óptica do compartilhamento, da rápida facilidade de acesso e da portabilidade, tudo coadunado com o modelo de interações e inter-relações dinâmico característico da internet.

Na Sociedade da Informação os novos produtos não são só causa e consequência do surgimento de novas demandas de mercado, mas também de demandas sociais, pois em grande número representam, compõem, completam ou são meios de acesso a espaços de interação e relacionamento.

Os smartphones são o expoente dessa nova formatação dos produtos. A transformação de um instrumento de inter-relação direta – o celular – em um centro multimídia de onde é possível acessar redes sociais e interagir com inúmeras pessoas e organizações ao mesmo tempo, além de possibilitar a criação artística e a difusão de informações, tem elevado em importância o papel deste produto na tarefa de inclusão social.

Na Sociedade da Informação o produto é, pois, erigido à categoria de produto social.

8 NOVAS FORMAS DE COMUNICAÇÃO

A sociedade em rede permite hoje que a difusão da informação se dê em grande escala sem a interferência dos polos de poder social típicos, os Estados e as grandes corporações midiáticas. O que representa, sem dúvida, um novo fenômeno social regulado de dentro para fora, haja vista a dificuldade de identificar uma verticalidade a determinar como deve ocorrer a comunicação.

Contudo, é bom que se assinale. Não é por isso que a internet possa ser considerada como um espaço não jurídico ou anárquico. A internet reserva em seu interior espaços sociais autorregulados pelo próprio corpo social que nele habita e por regras morais e éticas já difundidas na rede (CASELLA, 2007, p. 90). Esta autorregulação também é direito, o que não significa dizer que é o único direito possível.

Assim, a Sociedade da Informação não se caracteriza por uma comunicação sem limites morais, éticos e jurídicos, ainda que isto seja possível, tanto quanto foi em outros tempos.

A característica fundamental da comunicação na Sociedade da Informação é a sua horizontalidade (CASTELLS, 2005, p. 24), esta sim, particular do nosso tempo.

9 NOVAS FORMAS DE INTERAÇÃO

A Sociedade da Informação assiste à evolução do fenômeno da ampliação do espaço físico de comunicação que tem dentre seus expoentes históricos a carta e o telefone, a partir do desenvolvimento de softwares comunicadores como o ICQ, o MSN e o Skype, os quais incorporaram diversas funcionalidades à tarefa de comunicação direta entre indivíduos que não se encontram face a face.

Contudo, contempla também outra transformação, esta ainda mais significativa, a das formas de interação. Esta mutação reside na fundação de novos espaços de relacionamento (VEIGA, 2010, p. 70). As já antigas salas de chat, a interface de relacionamento Mirc e agora com mais destaque, as redes sociais não configuram meros instrumentos de comunicação, mas verdadeiros ambientes de interação social, nos quais não apenas se transmite informação.

Espaços como o Facebook permitem ao usuário a criação de uma identidade social, econômica e cultural na rede, identidade esta que não necessariamente coincide com aquilo que o indivíduo representa fora do ambiente virtual. Assim, as redes sociais possibilitam uma ampliação do ser social que se coloca na Sociedade da Informação como um indivíduo hiperssocial na construção de Castells (2005, p. 23):

Sabemos, pelos estudos em diferentes sociedades, que a maior parte das vezes os utilizadores de Internet são mais sociáveis, têm mais amigos e contactos e são social e politicamente mais activos do que os não utilizadores. Além disso, quanto mais usam a Internet, mais se envolvem, simultaneamente, em interacções, face a face, em todos os domínios das suas vidas. [...] A sociedade em rede é uma sociedade hipersocial, não uma sociedade de isolamento.

Este fenômeno, por evidente, não representa o fim da interação social, mas a sua transformação, a partir da reconstrução das instituições sociais (CARDOSO, 2005, p. 31). Por mais interessante – do ponto de vista filosófico – que possa ser a visão de um paradoxo onde quantidade de in-

formação significasse ausência de interação, não é isso que parece ocorrer na Sociedade da Informação.

Não raros são os casos de indivíduos que desconheciam a real dimensão da interação face a face, mas que, ao se colocar em posição de destaque na rede transpuseram a interação virtual para o ambiente físico.

A Sociedade da Informação é, pois, a sociedade do ser hiperssocial, da disseminação da interação.

10 NOVAS LINGUAGENS

A criação de novos espaços de relacionamento carrega consigo a potencialidade para o desenvolvimento de novas formas de linguagem e a transformação das existentes. Nesse sentido, a Sociedade da Informação tem visto a formalização da linguagem informal que antes dominava apenas a comunicação falada, além de assistir também a difusão da linguagem técnica particular de sua tecnologia.

Além disso, a facilidade de acesso a pessoas e conteúdos dos mais diversos lugares tem possibilitado uma maior familiaridade com línguas estrangeiras, do que estas também se transformam com uso global.

Assim, a Sociedade da Informação se configura como um espaço multilinguagem, onde todas as linguagens absorvidas por ela sofrem constantes e rápidas transformações.

11 NOVAS FORMAS DE ARTE

Segundo Lawrence Lessig “a tecnologia nos deu, [...], a oportunidade de fazermos coisas com a cultura que só eram possíveis de serem feitas em pequenos grupos isolados” (LESSIG, [s.d.], p. 166). Esta afirmação evidencia a potencialidade das tecnologias da informação e da comunicação para a difusão da arte e, por consequência, para a transformação da arte, que é mutante a partir dos olhos de outros artistas e interlocutores.

Todavia, a transformação da arte na Sociedade da Informação não reside apenas na sua maior capacidade de transmissão, se manifesta também nas novas possibilidades de criação. Novos instrumentos de tecnologia possibilitam a formatação de novos modelos e técnicas de arte, como a ambientação gráfica da web e o cinema digital.

Esta abertura de possibilidades tem aproximado mais indivíduos da criação artística e certamente engrandece a bagagem cultural da sociedade, ainda que, muitas vezes, sob formas não aceitas pelos mais conservadores. A arte na Sociedade da Informação é produzida para a web e na web, o que aumenta ainda mais o seu alcance social.

Nessa esteira, tanto o público, como os artistas tem se diversificado e possivelmente apurado seu gosto e técnica, na medida em que a seletividade de conteúdo na web permite ao usuário buscar aquilo que mais lhe interessa aprender e contemplar. Não se deve, pois, analisar a produção cultural da Sociedade da Informação de forma genérica ou com os olhos do passado, haja vista o risco de mascarar as suas potencialidades.

O cenário atual é o da multiculturalidade, acessada e reinventada a todo o momento por meio das tecnologias de comunicação e da informação nos espaços físicos e virtuais.

12 NOVAS FORMAS DE EMPREGO

Potencialidade da autonomia, inexigência de qualificação acadêmica em diversos campos, destaque para o trabalho domiciliar e independente são marcas do mercado das empresas de tecnologia que tendem a se espalhar para outros setores da economia.

A valorização do indivíduo como parte de uma rede de desenvolvimento passa a ser regra fundamental da empresa, na medida em que o produto não mais se formata em linhas de produção e não é mais resultado de processos mecânicos.

Uma corporação desenvolvedora de games, por exemplo, não vê com bons olhos a imposição de rotinas mecanizadas a funcionários de quem reclama criação constante, afinal, o processo criativo raramente pode ser mecânico e ainda sim se traduzir em resultados verdadeiramente criativos.

Este novo cenário reclama, portanto, novos modelos de trabalho e de funcionários. Há na Sociedade da Informação uma transformação nas relações de emprego, mas não uma redução de cargos (CASTELLS, 2005, p. 22), pois as possibilidades foram potencializadas.

Além disso, a internet como ferramenta tem a capacidade de reduzir a distância entre a empresa e o mercado de trabalho, potencializando, por exemplo, os canais públicos de ofertas de vagas como já tem ocorrido em países como os Estados Unidos e a Suécia (MULGAN, 2005, p. 205).

A Sociedade da Informação é uma sociedade de possibilidades, mas será cruel com aqueles que não puderem ou não quiserem utilizar os seus elementos tecnológicos.

13 SÍNTESE DOS SIGNIFICATIVOS

Elencados e comentados alguns dos significativos importantes da Sociedade da Informação, cabe dizer que poderiam ter sido descritos diversos outros como o novo alcance da comunicação ou o novo ritmo de criação da informação, contudo, o importante é perceber que as novidades do nosso tempo (tratadas aqui como significativos) se caracterizam de forma quase uniforme pela relação, sempre marcada pela velocidade, entre acesso e possibilidade.

As tecnologias da informação e da comunicação permitem o acesso facilitado e rápido ao conteúdo e às pessoas, do que emergem grandes possibilidades de interação e criação, as quais retroalimentam o potencial das tecnologias e transformam a sociedade, tudo em tempo real.

Assim, ante o contexto analisado com base nos significativos apresentados se pode dizer, em síntese, que a Sociedade da Informação é a sociedade do hoje em constante e veloz transformação pelo potencial do acesso.

14 INTERNET: UM NOVO PARADIGMA PARA A PESSOA E PARA A SOCIEDADE

A internet é o elemento tecnológico central da Sociedade da Informação. Mas é ainda mais do que isso, além de ferramenta, a internet se configura como um espaço de interação onde se travam diversas formas de relações sociais. Assim, diferente do que aconteceu com os demais elementos tecnológicos determinantes de períodos históricos específicos, como, por exemplo, a máquina a vapor no que diz respeito à revolução industrial, a internet parece possuir e oferecer uma capacidade de transformação social e tecnológica ampliada, alimentando com maior voracidade a relação circular de determinação entre tecnologia e tecido social.

Segundo ensina Castells (2001, p. 42), a estrutura aberta da internet constitui a sua própria força, incrementando a sua capacidade autoevolutiva na medida em que permite aos usuários se converterem em produtores

e configuradores da rede. Deste modo, o sujeito deixa de passivo em relação ao desenvolvimento da tecnologia e, por consequência, assume papel determinante no processo transformador impulsionado pelo uso e aplicação desta tecnologia.

Neste sentido, as relações sociais, em suas interações com a tecnologia, deixam de ser produto para se afirmar como fator constitutivo, o que reforça sua posição como fato juridicamente relevante. Castells (2001, p. 23) propõem, inclusive, que a internet entrega às pessoas a capacidade de superar diversas limitações de ordem formal impostas ao processo de criação de um novo mundo:

La creación y desarrollo de Internet es una extraordinaria aventura humana. Muestra la capacidad de las personas para trascender las reglas institucionales, superar las barreras burocráticas y subvertir los valores establecidos en el proceso de creación de un nuevo mundo. A su vez, sirve para respaldar la idea de que la cooperación y la libertad de información pueden favorecer la innovación en mayor medida que la competencia y los derechos de propiedad.

Sob esta perspectiva a internet, além de representar um novo patamar de desenvolvimento tecnológico, também define novas dimensões para conformações sociais, políticas e econômicas, uma vez que reveste o sujeito de um potencial que nunca teve antes, é o que explica Marcelo Branco (2005, p. 228):

Antes do surgimento da rede das redes (a Internet), as comunicações tradicionais se dividiam em duas categorias: uma a um ou um-a-alguns (fax e telefone) e um-a-muitos (TV, rádio, jornal impresso e cinema). No novo ambiente, além das categorias anteriores, surge a possibilidade de comunicação do tipo muitos-a-muitos. Isto não significa apenas acessar a maior quantidade de informações, mas transformar as relações econômicas e sociais – que interagem em todos os ramos da produção capitalista, procurando ajustar-se a esta maneira «mais econômica» de fazer negócios e de se relacionar com as pessoas.

A capacidade de transformação de que trata Branco é intensa em dimensão e velocidade. A internet não só permitiu um maior acesso e uma maior difusão da informação, como também reduziu o tempo deste acesso e dessa difusão, o que é determinante para a definição e consolidação desta

capacidade. A velocidade da informação na rede se contrapõe, por exemplo, à vontade de uma suposta censura, seja ela de iniciativa privada ou pública. O combate à informação resta, portanto dificultado, o que fortalece ainda mais as suas potencialidades.

É assim, em uma internet transformadora (e em constante transformação) que estão se desenvolvendo e ainda se desenvolverão as dinâmicas sociais da Sociedade da Informação, dinâmicas estas produtoras de inúmeros fatos de direito, ou simplesmente, produtoras de direito, fenômeno que, por evidente, precisa ser objeto de tratamento pela ciência do direito, o que não significa necessariamente uma necessidade cega e desenfreada de regulação.

A dúvida é como a ciência do direito deve recepcionar as peculiaridades e capacidades da Sociedade da Informação e da internet, questionamento para o qual nos permitimos sugerir neste trabalho, ainda não uma resposta definitiva, mas uma linha de raciocínio possível, apta a fomentar propostas de solução, a partir de uma matriz antiformalista de concepção do direito.

15 REGULAÇÃO DA INTERNET: UMA PROPOSTA ANTIFORMALISTA

O potencial do acesso, elemento crucial de definição da Sociedade da Informação, tem na internet a sua ferramenta principal. Sob esta perspectiva, são colocadas em pauta diversas questões complexas sobre a proteção dos direitos individuais e coletivos na web, contudo, não são raros os casos em que os próprios recursos da rede inviabilizam a eficácia das medidas legais já existentes, situação para a qual a legislação ainda não tem solução (ROCHA, 2002, p. 165).

Ante esta clara lentidão do processo legislativo é importante ter em conta que a lei como fonte fundamental de direito é, na ainda vigente ideia moderna de legalidade, uma ferramenta aprisionadora do direito, pois o tempo não joga a seu favor (GROSSI, 2004, p. 44). O processo de criação da norma legal, desde a verificação de sua necessidade até a sua incorporação ao ordenamento, é lento e a vigência da lei vincula a proteção do direito a uma realidade momentânea.

Disto, parece claro que a proteção dos direitos individuais e coletivos, em especial no que tange à internet, não pode aguardar a produção legislativa ou se vincular a ela de forma fundamental.

Além disso, o ambiente dinâmico da web se transforma com extrema agilidade, ao passo em que na expectativa de dar respostas legais aos problemas emergentes, o legislador corre o risco de estar sempre um passo atrás do que pretende regular, causando, assim, o congelamento do sistema de proteção do setor e do seu próprio desenvolvimento. (OLIVEIRA, 2002, p. 158)

Assim, denota-se que o processo legislativo acaba caracterizado como uma fábrica de direito velho ou vazio, que desconhece a materialidade que pretende regular (GROSSI, 2007, p. 45-78). Esta lição, defendida há muito pelo professor italiano Paolo Grossi parece ser fundamental para as conclusões que se busca no presente trabalho, pois o imperativo levantado em suas obras de que não se pode vincular o direito à lei, aparenta ter na regulação da internet um exemplo de destaque.

A sociedade não pode esperar que o Legislativo acompanhe em velocidade o processo de evolução da web, mas também não pode deixar sem proteção esse importante espaço de interação social e desenvolvimento tecnológico. É preciso se adaptar (ROCHA, 2002, p. 166).

Talvez, a solução para o problema passe justamente pelo desafio do jurista contemporâneo, tratado com precisão por Grossi, (2007, p. 57-81) de se livrar das amarras que o prendem de forma inexorável aos ditames legais e compreender que o direito nasce no seio da sociedade para, assim, buscar instrumentos de proteção que se amoldem com maior facilidade ao ambiente a ser regulado.

Diante desta proposta, mais do que iniciar uma desenfreada produção de normas capazes de engessar a aplicação do direito na internet, o repto dos interessados em se relacionar, desenvolver tecnologia, comercializar e utilizar as demais funcionalidades web deve ser elaborar estratégias de proteção que não dependam da lei como pilar fundamental (ROCHA, 2002, p. 183), o que se mostra ainda mais necessário se for considerada a natureza supranacional da internet.

A rede impõe aos usuários pouquíssimas barreiras geográficas, mesmo os bloqueios feitos por governos como o da China são burlados com certa facilidade por especialistas que disponibilizam na própria rede meios de acessar o conteúdo que, em tese, estaria indisponível para determinada região (CAMPI, 2011), ou seja, a maior parte daquilo que é disponibilizado na web pode ser acessado por pessoas do mundo todo.

Esta inexistência de fronteiras traz para o universo jurídico um sério problema de jurisdição, pois não serão raros os casos em que a violação

de determinado direito ocorra por algum residente de país estrangeiro, ou ainda, que um sujeito realize determinada conduta que seja passível de punição no país do dano, mas não o seja em sua própria nação (ATHENIENSE, 2003, p. 75 e 77).

Este não incomum distanciamento entre o detentor e o violador do direito torna complexa a proteção dos usuários pela via legal, pois, por mais que seja possível ajuizar demandas no país da violação ou do violador de um direito (BARBOSA, 1998, p. 23), o resultado prático das decisões emanadas pelo judiciário é prejudicado pela dificuldade de represar, por exemplo, a disseminação de reproduções não autorizadas na rede. Muito embora, o processo possa ser instaurado no país em que ocorra o dano, o poder do juiz, em princípio, está restrito à jurisdição nacional (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2008, p. 166), o que torna difícil a efetivação de medidas cautelares e outros instrumentos de coerção processuais em solo estrangeiro.

Em face desta natureza supranacional e também porque não, supra-estatal, a internet, parece exigir, portanto, um sistema regulador capaz de transbordar as fronteiras nacionais e estatais, em face do que o direito internacional adquire uma posição de destaque na defesa dos direitos vinculados à web.

Como bem assinala o professor Arno Dal Ri Júnior (2010, p. 17-27), o século XX foi duro com a posição fundamental do Estado como sujeito único de atuação e regulação internacional, o que permitiu ao direito internacional evoluir para abrigar conflitos e soluções não necessariamente ligadas à vontade e às demandas estatais. Este movimento permitiu que novos atores assumissem papéis determinantes nas relações internacionais (MARQUES, 2010, p. 67), o que, no caso da internet pode ser um benefício importante, em razão da possível desvinculação do seu processo de regulação de alguns interesses políticos que tornam este movimento ainda mais lento, tanto no âmbito nacional, quanto internacional.

No que tange, por exemplo, à propriedade intelectual, objeto importante das relações jurídicas na web, a própria formatação de um sistema de proteção também remete à internacionalização, ao passo em que as discrepâncias jurídicas entre o conjunto regulador de diferentes Estados têm reflexos na ordem econômica nacional e internacional, postulado particularmente claro no que toca à proteção da tecnologia (BARBOSA, 2002, p. 06).

Não obstante, a afinidade entre internet e direito internacional também se reforça em razão da importância conferida aos costumes, princí-

pios, decisões de organizações internacionais e à equidade como fontes de direito.

A despeito de o direito internacional assistir atualmente a um processo de codificação das regras costumeiras e dos princípios em tratados, esta consolidação não afastou a importância destas fontes. Como assinala Welber Barral (2006, p. 16) “a própria codificação reconhece a validade do Direito Costumeiro que está sendo codificado e a autenticidade de seu conteúdo substantivo”.

Dessa maneira se observa que a lógica de construção do Direito Internacional é, portanto mais próxima à ideia de um direito que nasce no seio da sociedade, do que aquela vigente nas legislações nacionais, principalmente aquelas de origem romano-germânica, pois ainda que sistemas jurídicos como o brasileiro admitam os costumes e princípios gerais como fontes, eles são relegados ao segundo plano no momento da produção legislativa e nas decisões judiciais.

Ocorre que a natureza da internet parece melhor se coadunar com a ideia de um direito que surge a partir da sociedade, do que com a velha concepção de um direito que se restringe à lei. O usuário da web não costuma dissociar conceitos de ética e direito durante a sua atividade online (CASELLA, 2007, p. 90), o que lhe faz crer em uma noção de legitimidade muito mais próxima do costume do que da norma positivada.

Destarte, tem-se como importante que os aparatos legais nacionais tendentes a regular os bens jurídicos vinculados à internet permitam a constante interação do ordenamento com as regras de direito internacional, pois esta postura contribuiria para a necessária flexibilização do sistema de proteção e facilitaria o que o professor Aires José Rover (2006, p. 70) chama de “compatibilidade internacional.”

Na mesma esteira, também podem figurar com destaque no cenário de um sistema ideal de proteção jurídica na internet, os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos como a negociação e a arbitragem. Estes importantes instrumentos jurídicos, além de não estarem necessariamente vinculados a jurisdições nacionais, permitem a interferência técnica com maior versatilidade que a vista no processo judicial, onde o conhecimento específico e o poder de julgamento pertencem a sujeitos diversos (QUEIROZ, 2008, p. 72).

A arbitragem e a negociação já têm, inclusive, sido aplicadas no próprio ambiente da internet com a criação de organizações especializadas

em resolver conflitos *online* (ATHENIENSE, 2003, p. 77), o que é particularmente útil nas discussões sobre propriedade intelectual.

A arbitragem possibilita que as partes envolvidas elejam, como julgadores, especialistas tanto no Direito como nas áreas técnicas envolvidas, o que em se tratando de software e internet é, em princípio, uma boa vantagem, em vista da complexidade particular destes dois elementos.

Outro importante benefício da arbitragem é a confidencialidade permitida ao processo em vista da natureza privada do método, a qual preserva não só as informações técnicas envolvidas, como a imagem dos conflitantes (QUEIROZ, 2008, p. 72-73). Em termos de tecnologia, já nem seria preciso afirmar que este resguardo é bastante relevante, mas se o assunto envolve criações voltadas para uso na internet esta importância assume proporções ainda mais evidentes em razão da susceptibilidade deste tipo de bem a violações como cópias e reproduções.

Por sua vez, a negociação permite uma aproximação maior entre os sujeitos envolvidos no conflito do que a seara judicial, o que facilita a realização de acordos e, por consequência, a rápida e amigável solução do problema. A celeridade na resolução do conflito é, inclusive, caracterizada por Raul Loureiro Queiroz (2008, p. 73) como “a mais declarada das vantagens do procedimento arbitral,” conclusão que se pode aplicar igualmente em relação à negociação.

Não há como negar o prejuízo tecnológico e econômico causado por demandas decenais envolvendo direitos de propriedade intelectual ou de personalidade. No caso de softwares e outras formas de criação para uso na internet, a lide tem, normalmente, expectativa de vida maior do que o próprio bem sobre o qual se discute, ou seja, ao final da demanda a justiça dificilmente operará o melhor resultado efetivo. No caso de se discutir direitos de imagem, perturbação ou danos a honra a situação não é diversa, a demora das soluções judiciais pode levar a prejuízos permanentes e irreparáveis.

É preciso reconhecer, então, que as mazelas de sistemas judiciários, como o brasileiro, se impõem como fortalecidas barreiras ao desenvolvimento do país (BARRAL; PIMENTEL, 2007, p. 32), as quais limitam a atividade econômica, em especial do criador independente, diante do que o uso de instrumentos alternativos, apresenta um leque de possibilidades para a solução das controvérsias envolvendo bens jurídicos vinculados à internet, muito maior do que o oferecido pela lei ou pelo Judiciário.

16 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a modernidade, o direito assistiu a um processo de redução de fontes, marcado pela definição da lei como elemento central. Este movimento foi, em parte, desconstruído pelo fortalecimento do constitucionalismo e da proposta de prospectividade que tem nos princípios uma peça-chave.

Contudo, esta a ideia de constituição material destacada nos ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica não foi capaz de dissolver as mitologias jurídicas criadas durante a modernidade para sustentar a lei como instrumento fundamental do direito, motivo pelo qual a produção legislativa permanece no imaginário sócio-político como uma solução de Estado, justificada não no substrato social, mas em interesses de governo ou de campanha.

Por outro lado, o movimento histórico tem determinado uma conformação social que não parece adequada ao aspecto formalista que reveste uma noção de direito reduzido à lei. O uso das novas tecnologias da informação, com destaque para a internet, tem permitido que o sujeito, antes ocupante apenas da posição final na cadeia de produção, passe a ser também ator no desenvolvimento da tecnologia e, por consequência, duplamente artífice das relações sociais. O sujeito passa a ser hiperssocial.

Composta por sujeitos hiperssociais, a Sociedade da Informação se potencializa na capacidade de transformação e de rompimento com antigos paradigmas, de forma que as demandas jurídicas (que são inevitavelmente demandas sociais) surgidas em seu interior também se revestem destes aspectos.

Contudo, a vinculação do direito à lei demanda construções e respostas de instituições tradicionalmente conservadoras e lentas, as bases do legislativo e do judiciário. A reação do direito, a depender da iniciativa destas esferas do poder estatal é, pois, atrasada e desprendida do universo tecnológico que não é nenhum pouco conservador.

Diante disso, emerge novamente a discussão da ampliação das fontes de direito e também das formas de regulação. Nesse cenário ganha destaque o direito internacional, marcado historicamente pela pluralidade de fontes com especial apego às matrizes dinâmicas como os costumes. Alcançam relevo também as formas alternativas de solução de conflitos como a arbitragem, posto que menos vinculadas aos pressupostos legais e desvinculadas dos problemas seculares que assolam estruturas judiciárias como a brasileira.

Trata-se, pois, de uma nova (ou renovada) conformação jurídica que se apresenta na Sociedade da Informação em sentido de complementariedade ao modelo legalista e às ideias de prospectividade das constituições materiais. Proposta que não pode ser ignorada, sob pena de se ignorar a própria transformação do direito.

REFERÊNCIAS

ATHENIENSE, Alexandre. A Jurisdição no Ciberespaço. *Revista do CEJ*, n. 20, p. 74-81, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/524/705>>. Acesso em: 10 set. 2011.

BARBOSA, Denis Borges. *Crimes Cometidos no Exterior por meio da Internet contra Ente Público*. 1998. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/internet.html>>. Acesso em: 01 set. 2011.

_____. *A Proteção do Software*. 2001. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#software>> Acesso em: 01/09/2011.

_____. *A Propriedade Intelectual como um direito de cunho internacional*. 2001. Disponível em: <www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/internacional/59.rtf>. Acesso em: 01 set. 2011.

BARRAL, Welber. *Direito Internacional: normas e práticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

_____; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito da Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007.

BRANCO, Marcelo. *Software Livre e Desenvolvimento Social*. In: CARDOSO, Gustavo; CASTELLS, Manuel (Orgs.). *Sociedade em Rede: do Conhecimento à Ação Política*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.

CAMPI, Mônica. *Firewall chinês não é seguro, diz criador*. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/noticias/seguranca/firewall-chines-nao-e-seguro-diz-criador-18022011-16.shl>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 1995.

CARDOSO Gustavo; CASTELLS, Manuel (Orgs.). *Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Ação Política*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.

_____. *Sociedades em Transição para a Sociedade em Rede*. In: CARDOSO, Gustavo; CASTELLS, Manuel (Orgs.). *Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Ação Política*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.

CASELLA, Daniel Marcelo Alves. *Porque o futuro precisa do Direito*. Cuiabá: Cathedral, 2007;

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Política, In: CARDOSO, Gustavo; CASTELLS, Manuel (Orgs.). *Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Ação Política*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.

_____. *A Galáxia Internet*. Barcelona: Plaza & Janés Editores, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Range; GRINOVER, Ada Pelegrini. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DAL RI JR., Arno. Às sombras da Soberania: A Condição Jurídica de Estados Federados e Governos Infraestatais no Direito Internacional. In: ARRUDA, Sônia Regina; DAL RI JR., Arno; MARQUES, Guilherme Bez (Orgs.). *Santa Catarina nas Relações Internacionais: desafios da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina no Cenário Internacional*. Florianópolis: Boiteux, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: Una discusión sobre derecho e democracia*. Madrid: Trotta, 2006.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: Como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade*. E-book, data desconhecida.

LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: O futuro do pensamento na Era da Informática*. E-book, data desconhecida.

MARQUES, Guilherme Bez. *ALESC como Novo Ator nas Relações Internacionais: uma análise das relações internacionais de Vestfália ao século XXI*. In: ARRUDA, Sônia Regina; DAL RI JR., Arno; MARQUES, Guilherme Bez (Orgs.). *Santa Catarina nas Relações Internacionais: desafios da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina no Cenário Internacional*. Florianópolis: Boiteux, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MULGAN, Geoff. Moldar de novo o Estado e a sua Relação com os Cidadãos: o potencial das tecnologias de comunicação e informação no curto, médio e longo prazo. In: CARDOSO, Gustavo; CASTELLS, Manuel (Orgs.). *Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Ação Política*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.

OLIVEIRA, Maurício Lopes, de. Seis Propostas para o Ciberespaço. In: ROCHA FILHO, Valdir de Oliveira (Coord.). *O Direito e a Internet*: Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

QUEIROZ, Raul Loureiro. *Arbitragem Internacional na Solução de Controvérsias em Propriedade Intelectual*. Dissertação (Mestrado em Direito), 2008. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13869/000657456.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 ago. 2011.

ROCHA FILHO, Valdir de Oliveira. Violação de Direitos de Propriedade Intelectual Através da Internet. In: ____ (Coord.). *O Direito e a Internet*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Rousseau e as relações internacionais*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

ROVER, Aires José. Comércio Eletrônico: direito e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

VEIGA, Thiago Martinelli. *Dano Moral na Internet: lesão aos direitos da personalidade no cyber espaço*. Monografia (TCC), 2009. Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de bacharel em Direito. Não publicado.

A SOCIEDADE INFORMACIONAL E SEUS NOVOS VALORES ÉTICOS: UMA ANÁLISE DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Tiago Mendonça dos Santos

Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Membro do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação – GEDAI/UFSC. Pós-graduando em Direito Empresarial e dos Negócios pela mesma instituição. Aluno-especial do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD-UFSC, na disciplina Direito da Sociedade da Informação: Propriedade Intelectual um equilíbrio desejado. Advogado. mendoncadossantos@gmail.com

RESUMO: A revolução nas Tecnologias da Informação e Comunicação – TIC’s representa consideráveis mudanças na forma de organização social e uma efetiva mudança do modelo que a precedeu, a Sociedade Industrial. Assim, pode-se falar na construção de uma Sociedade Informacional. Esta nova organização social traz consigo novos valores éticos, diversos daqueles promovidos pela Sociedade Industrial. Por outro lado, no Congresso Nacional corre um projeto de lei, fruto da parceria da FGV/Rio com o Ministério da Justiça, com a participação da sociedade civil, de definição dos princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, a proposta do marco civil da Internet. Deste modo, considerados os novos valores éticos promovidos pela Sociedade Informacional propõe-se, o presente, artigo a analisar quais são estes novos valores éticos, bem como se a proposta do marco civil da Internet encontra-se em consonância com os mesmos. Caracterizada a Sociedade Informacional, partiu-se, então, à análise dos novos valores éticos que emergem desta nova organização social, onde se encontrou como principais valores a cooperação, a parceria e o compartilhamento, ao invés dos valores individuais característicos da Sociedade Industrial. Analisada a proposta do marco civil da Internet à luz destes valores, pôde-se constatar que a mesma direciona-se a prever e proteger tais valores, de modo que sua integração ao Direito brasileiro pode consolidar tais valores.

Palavras-chave: Sociedade Informacional. Valores éticos. Marco Civil da Internet.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento e a disseminação das novas Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs resultou em uma revolução tão ou mais importante do que a Revolução Industrial.

Se com a Revolução Industrial um novo modelo de sociedade se erigiu, com a crescente urbanização, promovida por um lado pela necessidade das terras rurais para a produção de insumos à indústria, por outro lado movida também pela necessidade de mão de obra para as fábricas, nascen-

do um novo mercado consumidor para os produtos desenvolvidos; a revolução tecnológica permitiu uma melhor capacidade de conectividade entre as pessoas, não somente em sua localidade ou em sua nação, mas sob uma perspectiva global, o que produz consideráveis alterações na vida das pessoas e nos processos internos dentro de organizações públicas e privadas.

Assim, a circulação da informação e, a partir disso, a produção de novos conhecimentos também resulta numa nova configuração social, a Sociedade Informacional, conforme propõe Castells (2002, p. 67).

Por este prisma, se as Tecnologias da Informação e Comunicação - TICs e a conexão em rede entre as pessoas pela internet (ciberespaço) resultam em um novo modelo de organização humana, faz-se necessária a análise dos novos valores que emergem desta nova configuração social, apreciando-os à luz da Ética, da análise da conduta humana para determinar quais são os modelos de conduta desejáveis e quais são indesejáveis dentro do contexto desta Sociedade Informacional.

Todavia, ainda que a Ética tenha por objeto de análise o comportamento humano, de modo até mesmo atemporal, inclusive a concepção de Ética precisa ser revista para que se possa analisar de maneira fidedigna o contexto em que se encontra a Sociedade Informacional. Analisar a sociedade de hoje com os olhos do passado implicaria numa visão anacrônica, distorcida da realidade.

Como destaca Capra (2000), em uma sociedade complexa como a de hoje, a visão determinista-objetivista do passado não é mais suficiente para a compreensão da realidade científica. É preciso uma visão sistêmica, holística, com valores integrativos de cooperação e parceria, é preciso considerar a complexidade nas diversas relações no mundo atual, pois é a partir dela que as novas respostas poderão ser encontradas.

Neste contexto encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei 2.126/11, o chamado Marco Civil Internet, cuja origem remonta ao à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade – CTS, da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro – FGV/Rio, e que tem o objetivo de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no na República Federativa do Brasil.

Tendo em vista o objetivo do Marco Civil da internet, de ser a base principiológica e normativa do uso da internet no Brasil, o estudo deste documento, que muito provavelmente será convertido em Lei, à luz dos va-

lores éticos da Sociedade Informacional se faz de enorme importância, até para se verificar se a proteção pretendida pelo Estado brasileiro às relações na rede é condizente com o contexto da Sociedade Informacional.

Para o desenvolvimento desta pesquisa pretende-se utilizar o método dedutivo, partindo-se do conceito de Sociedade Informacional para se analisar os novos valores éticos dela decorrentes, e então aferir a correspondência da proposta do marco civil da internet com esses novos valores éticos.

Para tanto, desenvolveu-se uma pesquisa bibliográfica a partir de autores que tratam da Sociedade Informacional e sobre a Ética neste novo contexto, além da análise do próprio texto da proposta do marco civil da internet.

2 SOCIEDADE INFORMACIONAL

Antes de se discorrer sobre a Sociedade Informacional, enquanto um novo paradigma na organização social, necessário se faz refletir primeiramente sobre a estrutura que a antecedeu, a chamada Sociedade Industrial.

Sociedade Industrial identifica aquela forma de organização social que teve seu início no séc. XVIII, marcada alteração na forma de produção de bens e serviços. Este não foi um momento estancado da civilização, pelo contrário, passou por diversas fases, marcadas especialmente pela alteração na matéria-prima utilizada como fonte de energia, bem como nos principais produtos vendidos pela indústria.

Fala-se em uma Sociedade Industrial, pois os reflexos da Revolução Industrial não se limitaram ao modo de se produzir e circular riquezas, mas pelas profundas consequências na organização social.

Uma das marcas deste processo foi o êxodo rural e a consequente urbanização, pois as fábricas necessitavam de mão de obra. O modo de vida das pessoas, os bens considerados como mais importantes para se viver são outros exemplos de alterações ocorridas com a sociedade industrial.

O modo de produção demanda um mercado de consumo, que necessita estar perfilado aos produtos que são produzidos. O automóvel não teria adquirido a importância que ganhou, se o crescimento das cidades não demandasse um meio que permitisse o deslocamento a maiores distâncias e que fosse mais eficaz que o trem, utilizado para distâncias mais longas, dentre outras derivações.

Pode-se dizer que esta Sociedade Industrial acompanhou diversas fases de desenvolvimento, desde a máquina a vapor, passando pelo uso de outros combustíveis fósseis, como o diesel e a gasolina, até chegar à eletricidade, que marca a chamada Segunda Revolução Industrial. Não somente a fonte energética, mas também o modelo de produção se aprimorou com o passar do tempo.

Todavia, com o desenvolvimento da eletrônica e, a partir desta, das novas Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs, em especial com o desenvolvimento da internet, uma nova revolução está a ocorrer, conseqüentemente, uma nova organização social nasce. Como diagnostica Castells (2002, p. 67):

Meu ponto de partida, e não estou sozinho nesta conjetura, é que no final do século XX vivemos um desses raros intervalos na história. Um intervalo cuja característica é a transformação de nossa 'cultura material' pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da tecnologia da informação.

Isto ocorre porque a inovação representada por estas novas tecnologias não reafirma a organização basilar da Sociedade Industrial. O desenvolvimento das TICs e a conectividade entre as pessoas não reforçou a indústria como o centro da vida social, pelo contrário, trouxe uma nova forma de organização, centrada no fluxo da informação e no desenvolvimento de novos conhecimentos.

Tais tecnologias não são o elemento mais importante no contexto social, nesta nova Sociedade Informacional, o mais importante é o que tais tecnologias possibilitaram. O fluxo da informação entre pessoas, em um contexto global e instantâneo, a construção de uma sociedade em rede.

Como considera Castells (2008, p. 7), a internet, neste novo contexto, é o tecido da vida social. O autor compara a tecnologia da informação hoje com a eletricidade na chamada Era Industrial, considerando a internet como o elemento capaz de distribuir a força da informação por todo o domínio da atividade humana.

Portanto, o que é central nesta nova organização social é a capacidade de transmissão da informação para que, com esta, novos tipos de conhecimento possam ser gerados.

Deste modo, do ponto de vista jurídico, mais do que nunca a discussão sobre o Direito à Informação se faz importante, bem como das demais

áreas do Direito que se encontram próximas, tanto com relação às tecnologias que possibilitam a interconectividade entre as pessoas, quanto à proteção jurídica aos autores/inventores das informações ou conhecimentos compartilhados na rede.

Uma nova organização social representa, também, novos valores a serem defendidos por esta sociedade, o que é a razão de ser deste artigo científico. Além disso, diversos são também os questionamentos que a Ciência Jurídica se encontra encarregada de fazer, neste contexto no qual as mudanças sociais, mais do que nunca, se dão em um ritmo mais rápido do que aquele pelo qual a norma jurídica busca traçar os padrões ideais de conduta na sociedade.

É preciso se considerar a tutela jurídica do bem mais importante na Sociedade Informacional, a informação, além da infraestrutura da rede, das TICs, bem como daqueles que disponibilizam as informações ou conhecimentos na rede, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem objetivo econômico envolvido.

Javier del Arco (2004) pontua dez traços característicos do que ele chama de Sociedade da Informação, sendo estes: a *exuberância* da abundância e diversidade de dados; a *onipresença* possibilitada pelos novos instrumentos de informação e seus conteúdos¹; a *irradiação*, caracterizada pela relativização das distâncias físicas e a facilidade de contato, no globo, pelas novas tecnologias; a *velocidade* da comunicação, que é instantânea; a *multilateralidade/centralidade*, ao passo que diversas são as fontes produtoras de conteúdo, ainda assim há uma preponderância da preferência por determinadas fontes, normalmente oriundas de empresas da mídia; *interatividade/unilateralidade*, os usuários na rede não apenas são receptores, mas também são produtores de suas próprias mensagens; *desigualdade*, esta sociedade impõe uma nova forma de desigualdade, a tecnológica, marcada pelas nações ou comunidades que estão dentro ou fora da rede; *heterogeneidade*, se na vida real existem diversidades de opiniões, pensamentos, tais diversidades encontram-se presentes também na rede; *desorientação*, a enorme e crescente quantidade de informação disponível não é somente uma oportunidade de de-

¹ Nesse sentido, considera del Arco (2004, p. 20): “Los medios de comunicación se han convertido en el espacio de interacción social por excelencia, lo cual implica mayores facilidades para el intercambio de preocupaciones e ideas, pero también, una riesgosa supeditación a los consorcios que tienen mayor influencia, particularmente en los medios de difusión abierta (o generalista, como les llaman en algunos sitios).”

envolvimento social e pessoal, mas também traz consigo a questão de se saber escolher aquilo que é útil daquilo que pode ser ignorado; e, por fim, a *cidadania passiva*, a dispersão e abundância de mensagens, a preponderância de conteúdos de caráter comercial e a ausência de capacitação e reflexão sobre os temas apresentados fazem com que o consumo tenda a prevalecer sobre a criatividade, que o intercâmbio comercial se sobreponha ao intercâmbio de conhecimentos.

O que se constata das observações do autor é que em parte esta nova configuração traz novas formas de relacionamento social, por outro lado, implicará em novos tipos de problemas sociais, que devem ser regulados pela norma jurídica.

Neste contexto, cumpre discutir o uso da categoria Sociedade Informacional e não Sociedade da Informação, dentre outros termos utilizados, para organizar esta nova sociedade.

Diversos autores chamam esta nova configuração social de Sociedade da Informação ou ainda Sociedade em Rede. Ascensão² prefere falar em *sociedade da comunicação*, no sentido de que nem toda mensagem poderia ser qualificada como informação.

Com base em Castells (2002) adota-se neste trabalho a noção de Sociedade Informacional, pois conforme as observações do autor, o termo Sociedade da Informação tem por ênfase o papel da informação na sociedade, o que foi crucial em todas as sociedades na história humana, enquanto que o termo Informacional indica o atributo específico de uma organização social onde a geração, o processamento e a transmissão da informação são as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às TICs.

Outros autores usam o termo Sociedade em Rede, que para Castells (2002, p. 64-65) abrange consideravelmente o conteúdo dessa sociedade, pois boa parte das relações dessa nova sociedade se dá na 'rede', no ciberespaço. Todavia, o termo não esgota todo o sentido de informacional.

Por outro lado, mencionado autor também não adota o termo sociedade do conhecimento, ainda que este seja o objetivo de fundo da passagem da informação, pois este é "um conjunto de declarações organizadas sobre fatos ou ideias, apresentando um julgamento ponderado ou resulta-

² Nesse sentido, manifesta-se o autor: "'Sociedade da informação' não é um conceito técnico: é um *slogan*. Melhor sealaria até em sociedade da comunicação, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como informação." (ASCENSÃO, 2002, p. 71).

do experimental que é transmitido a outros por intermédio de algum meio de comunicação, de alguma forma sistemática” (CASTELLS, *apud* SILVA, 2009, p. 87).

Sobre esta relação entre sociedade informacional e sociedade do conhecimento a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em relatório publicado no ano de 2005, também diferenciou os termos sociedade da informação e sociedade do conhecimento, considerando que um elemento central para a sociedade do conhecimento é a capacidade de identificar, produzir, tratar, transformar, difundir e utilizar a informação com vistas a criar e ampliar os conhecimentos necessários para o desenvolvimento humano (UNESCO, *online*, p. 29). Portanto, ainda que a Sociedade do Conhecimento seja o ideal, o fenômeno que se manifesta na atualidade, para o organismo internacional, é o da Sociedade Informacional.

Sintetizando tudo o que foi aqui exposto, o que se colhe é que o desenvolvimento das novas TICs, marcadamente a internet, teve por resultado uma efetiva alteração nas estruturas da sociedade, tendo por centro deste fenômeno a passagem e o desenvolvimento da informação, razão pela qual se define este novo modelo de organização como Sociedade Informacional, em contraposição à Sociedade Industrial.

Feitas estas considerações, discutir-se-á estes novos valores éticos para esta nova sociedade.

3 OS NOVOS VALORES ÉTICOS

Considerado o papel da Ética como uma das formas de se ordenar a conduta humana e, dentre elas, aquela que busca conduzir a humanidade a uma construção social tendente àquilo que se considera como ‘bom’, torna-se elementar discutir o seu papel na Sociedade Informacional.

Se ao Direito é dado o papel de organizar a sociedade através da repressão dos padrões de conduta indesejáveis, o que se dá por intermédio da sanção, quando do descumprimento de uma norma positiva, a Ética vai além. Mesmo sem possuir caráter coercitivo, ela busca conduzir a humanidade a uma forma de organização que faça da vida dos indivíduos boa, trabalho este que, numa sociedade complexa como a atual, torna-se muito mais árduo.

Nesse sentido é importante refletir sobre que Ética se pretende promover para este tipo de sociedade, e quais são os valores que devem ser defendidos para tanto.

Conforme considera Javier del Arco (2004, p. 107), a ética surge com a liberdade humana, de modo que, como as TICs possibilitaram ao usuário uma nova possibilidade de interação com a tecnologia, recentes são também os debates sobre a aplicação da ética na matéria, visto que agora discute-se a liberdade humana no uso de tais ferramentas.

A Sociedade Informacional é mais complexa que as anteriores sociedades, visto que as relações humanas se dão em rede, conforme Ulrich Beck (1999) considera, as relações são *glocais*, contêm tanto o aspecto global quanto local em conjunto. Nesse sentido, há um paralelo com outras áreas do conhecimento que defendem a necessidade de uma visão mais ampla, sistêmica, que supere o paradigma da lógica cartesiana e newtoniana, a visão determinista-objetivista.

Conforme defende Capra (2000, p. 25), este novo paradigma pode ser considerado como uma visão holística, chamada pelo autor de uma ecologia profunda, de uma ecologia que reconhece a “interdependência de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos todos dependentes desses processos)”.

Dessa visão mais ampla do contexto das relações humanas provêm novos valores, integrativos ao invés de autoafirmativos, no sentido de reforçar a aproximação dos seres humanos e suas diversidades, ao invés de apenas afirmar a individualidade de qualquer um. São exemplos de valores integrativos a conservação, a cooperação, a qualidade e a parceria, os quais se contrapõem aos valores anteriores, de expansão, competição, quantidade e dominação (CAPRA, 2000, p. 27).

Esta nova ética que advém com estes novos valores é uma visão que reconhece a complexidade das relações da vida, que se vive em uma rede, em uma teia de relações. Acima do poder de sobrepujar o outro, acima da hierarquia, emerge uma nova forma de poder, o poder como influência dos outros, característico de uma relação em rede. Se tais constatações ocorrerem no contexto das relações no mundo ‘material’, físico, igual reflexão pode ser feita nas relações no ciberespaço, como se verá a seguir.

Nesse mesmo sentido, Boaventura de Sousa Santos (2000) defende que a transição para essa nova configuração social representará uma nova ruptura epistemológica. A primeira ruptura deu-se com a ciência moderna, que se opôs ao assim chamado senso comum das coisas. O saber científico limita aquilo que pode ser considerado como verdadeiro, como resultado

da demonstração científica, a partir de um método rigoroso de análise. Já a segunda ruptura epistemológica se no fato da socialização do conhecimento científico, fazendo do conhecimento científico o novo senso comum. Para Santos, o conhecimento científico torna-se, nesta segunda ruptura, conhecimento-emancipação.

Ressalta-se que no contexto da Sociedade Informacional esse processo pode ser realizado, de uma maneira muito mais eficaz, tendo em vista que praticamente todo o conhecimento acumulado e conservado pela humanidade até a atualidade, mais todo o conhecimento que é produzido na atualidade, encontra-se disponibilizado e com fácil acesso na rede, o que é, aliás, uma de suas características.

Segundo Boaventura de Sousa Santos (2000, p. 110-111), para se construir esse novo senso comum, é preciso partir de três dimensões: a dimensão ética, pautada na solidariedade; a dimensão política, pautada na participação; e a dimensão estética, pautada no prazer.

Seguindo seu raciocínio, defende o autor que, na era tecnológica, um novo princípio deve emergir e ser base da ética, o princípio da responsabilidade pelos outros, entendidos como seres humanos, grupos sociais, a natureza, etc., e a responsabilidade pelo futuro.

Portanto, se por um lado esta nova configuração social representa uma possibilidade de liberdade antes nunca vista, representa também a responsabilidade individual e social pelo direcionamento que esta sociedade tomará.

Jeremy Rifkin (2010, p. 534), ao tratar do que ele diagnostica ser a Terceira Revolução Industrial, ressalta que esta revolução enfatiza as comunicações, a energia distributiva e a participação em rede. Para ele a internet está convertendo o mundo em uma gigantesca ágora pública, onde milhões de pessoas podem se conectar, colaborar e criar valor agregado de maneira conjunta e simultânea.

Para Rifkin (2010, p. 534) a ‘geração do milênio’ tem tudo para ser a geração mais empática da história, considerado o fato de se relacionar entre si e com o mundo através da rede, de sua natureza participativa, do interesse demonstrado em conceitos como o acesso à inclusão frente à autonomia e à exclusão e a maior sensibilidade destes com relação à diversidade humana. Esta seria uma “sociedade distributiva, participativa e não hierarquizada não pode ser senão uma sociedade mais empática” (RIFKIN, 2010, p. 534).

Reforça-se, assim, uma vez mais, o caráter aproximativo das relações humanas proporcionado pelas TICs na Sociedade Informacional.

Javer del Arco (2004, p. 95), por sua vez, defende a necessidade de se considerar princípios éticos para o uso da internet, pois considera que assim tornar-se-á possível construir uma argumentação moral baseada em um uso (auto) regulado da internet. Isto decorre da universalidade do uso da internet e do estado embrionário da regulamentação dos direitos.

Constata-se, assim, que para o autor faz-se necessário o estudo dos valores éticos da Sociedade Informacional, como forma de se encontrar princípios morais que devem nortear a ação do usuário na rede. Se o Direito ainda está a analisar o fenômeno, para poder dar as respostas que a sociedade anseia, Arco (2004) propõe então que se valha da Moral como forma de ordenação neste ponto.

O aludido autor menciona, também, a proposta de criação de uma Declaração de Direitos Humanos no Ciberespaço, formulada por Robert B. Gelman, em 1997. Segundo o autor, com esta proposta o objetivo perseguido é “[...] fazer desde contexto virtual um espaço em que se promovam o mais nobre do pensamento e dos ideais humanos, bem como um novo tipo de conceito de cidadania, que ajude a promover uma ética solidária” (ARCO, 2004, p. 95).

Pelo que foi exposto, constata-se que diversos autores diagnosticam em seus próprios estudos estes novos valores decorrentes desta nova forma de organização social, bem como a necessidade dos mesmos como forma de regular as relações que se dão no ciberespaço.

Dentre os principais valores levantados, como contrapostos aos da Sociedade Industrial, encontram-se principalmente os valores de cooperação, parceria e compartilhamento³.

Tendo em vista estas considerações, cumpre agora analisar o texto da proposta do Marco Civil da Internet, no sentido de verificar se os mesmos correspondem aos identificados valores da Sociedade Informacional.

³ Aliás, destaca-se que estes mesmos valores trazem consigo problemas na seara do Direito Autoral, visto que vêm de encontro à clássica noção do ‘gênio-criador’, figuras como a da autoria colaborativa põem em xeque a clássica definição de autoria, como destaca Guilherme Carboni (2010).

4 A PROPOSTA DO MARCO CIVIL DA INTERNET E OS NOVOS VALORES ÉTICOS

O marco civil da internet se constitui em uma proposta amplamente debatida pela sociedade desde o seu nascedouro, valendo-se da abertura à discussão com os usuários da rede para tanto.

O projeto teve como seus principais atores o Ministério da Justiça e o Centro de Tecnologia e Sociedade - CTS da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV/Rio, mas sua formulação esteve aberta à participação de órgãos públicos e privados, entidades com ou sem fins lucrativos, bem como aos cidadãos em geral, para a discussão de seus principais assuntos, o que se deu por intermédio de um blog hospedado na plataforma www.culturadigital.br, mantida pelo Ministério da Cultura e pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa - RNP.

Após a redação do texto e posteriores alterações, decorrentes dos comentários enviados pela sociedade em geral em duas consultas públicas *on-line* sobre a matéria⁴, o texto foi submetido ao Congresso Nacional, onde foi recebido na Câmara dos Deputados, em 24 de agosto de 2011 e registrado como o Projeto de Lei 2.126/11.

Em 28 de março de 2012 foi constituída Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre o Projeto, que tem atualmente como relator o Deputado Federal Alessandro Molon (PT-RJ).

Em 12 de abril de 2012 foi decidido o apensamento do projeto de lei do Marco Civil da Internet com n. 5.403/01, que dispõe sobre o acesso a informações da internet, não havendo movimentações posteriores até a data da finalização deste artigo⁵.

Durante o ano de 2012 foram realizadas audiências públicas para discutir a matéria, sendo que a última movimentação do processo legislativo foi o deferimento do pedido do relator, para designar audiência com a presença de especialistas indicados para debater o projeto.

Partindo para a análise do texto em si do projeto, o projeto do marco civil da internet se propõe a estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.

⁴ Segundo Trindade (2012), enquanto disponível *on-line* houve mais de 800 inserções no projeto do marco civil da internet.

⁵ Última consulta à página de acompanhamento do Projeto de Lei 2.126/11 realizada em 18 de abril de 2013.

O projeto encontra-se composto por cinco capítulos, nos quais se encontram as disposições preliminares: fundamentos, princípios, objetivos e definições; os direitos e garantias; a provisão de conexão e aplicações de internet; disposições para o poder público; e, por fim, disposições finais e transitórias.

Da leitura do texto é possível perceber a preocupação do projeto em, por um lado, garantir o livre acesso à internet e às benesses que ela pode promover, bem como, por outro, a preocupação em que o acesso à internet repute em agressões à privacidade, à honra e à imagem dos seus usuários.

Dentro do corpo de disposições preliminares, os artigos 2º e 3º trazem disposições importantes para o presente estudo.

Do artigo 2º da proposta do Marco Civil da Internet, colhe-se que os fundamentos do uso da internet no Brasil são:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamentos:

- I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
- II - os direitos humanos e o exercício da cidadania em meios digitais;
- III - a pluralidade e a diversidade;
- IV - a abertura e a colaboração; e
- V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor⁶.

Por sua vez, da leitura do artigo 3º do referido projeto de lei, que trata sobre os princípios do uso da internet no Brasil encontra-se:

Art. 3º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição;
- II - proteção da privacidade;
- III - proteção aos dados pessoais, na forma da lei;
- IV - preservação e garantia da neutralidade da rede, conforme regulamentação;

⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 2.126/2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0843C7B3F371D4E1E-83424CE8EFC562E.node2?codteor=912989&filename=PL+2.126/2011>. Acesso em 25 out. 2012.

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; e VII - preservação da natureza participativa da rede.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria, ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.⁷

Pelo que foi exposto no item anterior, pôde-se constatar que a Sociedade Informacional traz consigo novos valores, identificados especialmente com os de cooperação, parceria e o compartilhamento. Realizando-se o cruzamento destes valores identificados com o texto dos artigos 2º e 3º do projeto do Marco Civil da Internet é possível concluir que o projeto busca confluir para a promoção destes novos valores éticos. É o que se percebe da busca pela proteção à pluralidade e diversidade, à abertura e colaboração e à preservação da natureza participativa da rede.

Além disso, o projeto do marco civil da internet busca, por um lado, proteger a tão desejada liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, enquanto que, por outro lado, busca responsabilizar aqueles que ultrapassarem os limites aceitáveis do uso na rede.

Este é inclusive o cerne do debate sobre o Projeto de Lei 2.126/11, que divide o posicionamento de setores da sociedade, no tocante à proteção das liberdades do usuário, por um lado e à coibição dos abusos cometidos dentro da rede.

Sobre este ponto, ressalta-se que o papel de uma norma, sob a perspectiva ética é justamente este, de oferecer garantias àqueles que fazem uso da rede de maneira devida, como cidadãos no pleno exercício de sua liberdade civil. Os abusos cometidos pontualmente por diversos agentes não podem servir de fundamento para uma política de restrição máxima aos direitos dos usuários da rede, sob pena de se construir uma norma que contrarie os novos princípios éticos emergentes da Sociedade Informacional.

Nesse sentido, é possível concluir que a aprovação do Projeto de Lei em questão, fruto de ampla participação popular, será benéfica, no sentido de incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro diretrizes reguladoras

⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 2.126/2011.

do tratamento da internet no Brasil, para usuários, empresas e para o próprio Poder Público.

Resta agora acompanhar qual será o andamento da proposta no Congresso Nacional, que terá seu trâmite provavelmente prolongado, tendo em vista o apensamento da mesma aos inúmeros projetos que discutem a regulação da internet, visto que junto ao Projeto de Lei 5.403/01 encontram-se outras 37 propostas sobre a mesma temática, para averiguar se esta norma que consolida os novos valores éticos da Sociedade Informacional virá a integrar a legislação pátria.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento e a disseminação das novas Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs resultou em uma revolução tão ou mais importante do que a Revolução Industrial.

Assim como a consequência da Revolução Industrial foi a formação de uma Sociedade Industrial, a revolução das TICs está a produzir um novo fenômeno, que é a Sociedade Informacional. Desta nova organização social decorrem novos valores, o que é identificado por diversos autores em diversas áreas do conhecimento.

A sociedade atual é complexa, encontra-se organizada em rede e, em consequência disso, as relações sociais na atualidade tornaram-se também mais complexas. Nesse sentido, os antigos valores individualistas da Sociedade Industrial cedem espaço a valores como o de cooperação, parceria e compartilhamento, característicos da Sociedade Informacional.

Tendo em vista este contexto analisou-se o texto do Projeto de Lei 2.126/11, que tramita na Câmara dos Deputados, o marco civil da internet e foi possível constatar que esta proposta legislativa encontra-se em sincronia com estes novos valores.

Portanto, pode-se dizer que a incorporação desta norma no Direito pátrio pode significar o reconhecimento e o estímulo a promoção destes novos valores à sociedade brasileira, como compromisso dos usuários da rede, das empresas envolvidas com a internet, bem como do próprio Poder Público, resta saber qual será a resposta dada pelo Congresso Nacional a esta possibilidade.

REFERÊNCIAS

- ARCO, Javier del. *Ética para la Sociedad Red*. Madrid: Dykinson, 2004.
- ASCENSÃO, José de Oliveira de. *Direito da internet e da Sociedade da Informação: estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 2.126/2011*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0843C7B3F371D4E1E83424CE8EFC562E.node2?codteor=912989&filena-me=PL+2126/2011>. Acesso em: 25 out. 2012.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 2000.
- CARBONI, Guilherme. *Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- _____. *A sociedade em rede*. 6. ed. rev. e ampl. Tradução de Roneire Venancio Majer. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. 1v.
- RIFKIN, Jeremy. *La civilización empática: la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis*. Traducción de Genís Sánchez Barberán y Vanesa Casanova. Madrid: Paidós, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001.
- SILVA, Rosane Leal. *A proteção integral dos adolescentes internautas: limites e possibilidades em face dos riscos no ciberespaço*. Tese, 2009 (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Florianópolis, 2009.
- TRINDADE, Rangel Oliveira. A proposta do marco civil da internet no tocante à promoção à cultura e desenvolvimento tecnológico pelo Poder Público. In: WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (Orgs.). *Inclusão tecnológica e direito à cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento*. Florianópolis: FUNJAB, 2012.
- UNESCO. *Hacia las sociedades del conocimiento*. Paris: Unesco, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001419/141908s.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2012.

AUTORIA NA SOCIEDADE INFORMACIONAL: FIM DO GÊNIO CRIADOR?

Liz Beatriz Sass

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. É professora de Direito da Propriedade Intelectual na UNISINOS, de Direito Ambiental na UNIVALI e advogada. Pesquisadora membro do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Interesse Público (GEDAI-UFSC). lizsass@hotmail.com

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo (re)contextualizar o fenômeno tutelado pelo direito autoral, a partir da compreensão da noção de autoria. Assim, num primeiro momento, apresenta-se a autoria como processo histórico, narrando suas diferentes concepções e evidenciando as teorias contemporâneas acerca do fenômeno autoral. Num segundo momento, discute-se o fenômeno autoria no contexto do Direito Autoral. Por fim, verifica-se como esse fenômeno ocorre na sociedade informacional e as possíveis contribuições do seu estudo para a construção de um sistema jurídico compatível com o direito de acesso à cultura e ao conhecimento.

Palavras-chave: Direito Autoral. Autoria. Sociedade Informacional. Usuário.

1 INTRODUÇÃO

Nas discussões contemporâneas acerca do Direito Autoral tornou-se clichê referir a necessidade de compatibilizar o interesse do autor com o direito de acesso à cultura e ao conhecimento. O debate do tema torna-se importante diante da denominada sociedade informacional, na qual se verifica uma facilidade para o compartilhamento de obras intelectuais. No entanto, em que pese a tecnologia disponível neste sentido, o direito autoral permanece incidente sobre as obras que circulam no ambiente digital, o que significa reconhecer que a restritividade de acesso imposta pela legislação autoral acaba por marginalizar as tendências colaborativas da rede.

Assim, várias sugestões são construídas no intuito de tornar o Direito Autoral mais compatível com as novas tecnologias e os interesses de acesso. Costuma-se referir, nesse contexto, a necessidade de prever novos limites ao direito de autor e de adotar medidas como o *fair use* ou, ainda, de reconhecer novas formas de autoria, tais como a autoria colaborativa.

Esta pesquisa, no entanto, baseia-se no pressuposto de que tais discussões podem não ser suficientes, considerando-se que o Direito de Autor, desde o seu pressuposto elementar – a noção de autoria – mostra-se equivocado e deslocado em relação às discussões contemporâneas sobre o tema. Portanto, o problema autoral é grave, pois sua base conceitual precisa ser revista.

Diante de tais considerações, a partir de pesquisa bibliográfica, tem-se por objetivo (re)contextualizar o fenômeno da autoria na contemporaneidade e traçar uma breve perspectiva das implicações desse estudo para o direito autoral. Nesse sentido, inicia-se por uma narrativa histórica quanto às noções de autoria, enfatizando as teorias contemporâneas sobre o tema, notadamente por meio do pensamento de Roland Barthes e Michel Foucault. Num segundo momento, apresenta-se o paradigma hegemônico do direito autoral e seu entendimento quanto ao tema, revelando o apego dos autoristas à figura do gênio-criador e à ideia de originalidade da obra a ser protegida. Por fim, discute-se a sociedade informacional e a necessidade de se estabelecer um novo conceitual para o direito autoral, o qual considere a complexidade da relação autor-obra-usuário.

2 QUEM É O AUTOR?

O estudo do Direito Autoral perpassa, obrigatoriamente, pelo estudo da figura do autor e do fenômeno da autoria. Afinal, em que pese a importância da compreensão desses dois elementos, percebe-se que a doutrina autorista não aprofunda o seu estudo no sentido de tornar coerente a utilização desta figura e do seu fenômeno como cerne do regime de proteção jurídico autoral.

Torna-se relevante, então, dizer que a autoria não pode ser compreendida como um fato natural consumado no decorrer do processo histórico. Pelo contrário, a noção sobre autoria é construída no devir histórico. Nesse sentido, Guilherme Carboni (2010, p. 17) afirma que a autoria não pode ser entendida como um dado natural ou como uma verdade absoluta e transcendental, pois se trata de uma construção histórica, a qual muda de tempos em tempos e de uma cultura para a outra.

Desse modo, considera-se que a emergência da figura do autor tal como entendida na legislação autoral tem sua emergência num complexo conjunto de acontecimentos datados entre os séculos XIV e XVIII, na Europa, o qual inclui mudanças significativas no campo filosófico (a subje-

tividade moderna), político-econômico (o capitalismo, o liberalismo, o individualismo), tecnológico (a invenção da prensa), jurídico (o direito autoral) e estético (o gênio criador e a originalidade) (ALVES, 2010, p. 510). Por esta razão, o estudo da figura do autor exige, inicialmente, um aprofundamento quanto às práticas e aos discursos de criação ao longo da história, em especial o período situado entre os séculos XIV e XVIII, uma vez que a função autor não é exercida de uma maneira universal e constante em todos os discursos (FOUCAULT, 2001, p. 275).

3 DA AUTORIA COMO PROCESSO HISTÓRICO: DA CULTURA ORAL AO GÊNIO CRIADOR

A passagem da cultura oral para a escrita foi decisiva para as transformações ocorridas na consciência humana. A cultura oral totalmente desprovida de qualquer conhecimento da escrita ou da impressão caracteriza-se pela existência de uma manifestação oral que desaparece assim que pronunciada. Como se trata de uma cultura que circula livremente, pois desconhece qualquer tecnologia que possa imortalizar ou reproduzir com fidelidade seus acontecimentos e dados, há uma constante introdução, por parte dos narradores, de novos elementos nas histórias antigas. Carboni (2010, p. 19) afirma que “podemos, assim dizer que, na cultura oral, haverá tantas variantes de uma história quanto menores forem as suas repetições”.

Nas sociedades de cultura oral, a música, por exemplo, é recebida por audição direta, difundida por imitação e evolui por reinvenção de temas e de gêneros imemoriais. A maior parte das melodias não possui um autor identificado, pertencendo à tradição. O papel criador dos indivíduos não é ignorado, mas a figura do intérprete, ou seja, daquele que transmite a tradição, é mais disseminada nas culturas orais do que a do grande compositor (LÉVY, 1999, p. 141). Por isso, afirma-se que nas sociedades onde a palavra é o modo de transmissão dos conteúdos culturais, a noção de autor é secundária, ou até inexistente. Os mitos, os ritos, as formas plásticas ou musicais tradicionais são imemoriais e, em geral, não se associa a elas uma assinatura. Os artistas, de modo geral, são antes considerados como intérpretes. Por conseguinte, na cultura oral não se pode cogitar a ideia de propriedade privada sobre a obra, uma vez que ela está enraizada na vivência social da comunidade. Trata-se de uma experiência coletiva, na qual os ritos e os mitos essenciais à determinada comunidade se manifestam como dados essenciais da tradição.

Como a criatividade e a execução pública das obras eram inseparáveis, não havia, na cultura oral, algo semelhante à propriedade privada do saber ou das obras que eram executadas publicamente. Assim, a proibição da cópia era impensável, porque a própria sobrevivência da tribo dependia da cópia para a divulgação da sua cultura (CARBONI, 2010, p. 27).

Verifica-se, assim, que as culturas orais desconhecem a figura de autor tal como hoje compreendida. Pierre Lévy (1999, p. 116) destaca que a primeira transformação no sentido de construir a imagem de obra e autoria ocorre a partir da primeira evolução das mídias, ou seja, com a passagem das culturas orais às culturas da escrita. Segundo Carboni (2010, p. 30), uma das consequências mais importantes da invenção da escrita foi a separação entre o texto e a sua execução, bem como entre o conhecimento e o sujeito que conhece. Isso porque, na cultura escrita, o texto passa a adquirir a sua própria existência e prescinde de qualquer sujeito.

É possível afirmar, então, que a escrita abriu um espaço de comunicação desconhecido pelas sociedades orais, no qual se torna possível tomar conhecimento das mensagens produzidas por pessoas que se encontram distantes ou mortas há séculos. Isso significa que a obra passa a subsistir fora de suas condições de emissão e recepção, ou seja, as mensagens escritas podem sobreviver fora do seu contexto. Para Lévy (1999, p. 118) esse ‘fora de contexto’ da obra foi interiorizado pela cultura por meio da noção de ‘universalidade’. Assim, o autor – típico das culturas escritas-, é originalmente a fonte da autoridade, enquanto o intérprete – figura central nas tradições orais – apenas atualiza ou modula uma autoridade que vem de fora. “No universal fundado pela escrita, aquilo que deve se manter imutável pelas interpretações, traduções, difusões, conservações é o sentido” (LÉVY, 1999, p. 118). Surge daí a pretensão do ‘todo’, a tentativa de instaurar em todos os lugares o mesmo sentido.

Contudo, mesmo com a invenção da escrita, a noção de autoria demora a estabelecer-se da forma como é referida hodiernamente pela legislação autoral. Na Antiguidade, a autoria consistia numa atividade social que envolvia diversos indivíduos, pois o autor apenas ditava o texto a um escriba. Além disso, para escrever uma obra os autores realizavam um processo de seleção e elaboração de outros textos, no qual o enciclopedismo preponderava sobre a originalidade. De outra parte, tanto a escrita como a leitura entrelaçavam-se à uma cultura oral, pois ler em voz alta era a forma usual de leitura e o ditado era a forma comum de escrita (CARBONI, 2010, p. 33).

Na Idade Média, o autor apenas transmitia a palavra divina ou se limitava a desenvolver aquilo que já estava presente na tradição (CHARTIER, 1998, p. 31). Assim sendo, as concepções teológicas são importantes para a compreensão da posição do autor na Idade Média, pois como o autor é um mero transmissor da divindade, ele devia conformar-se a tal princípio de discursividade, produzindo textos como contribuição à glória de Deus, sem pretensões de autoria ou de originalidade. “O autor daquela época não estava autorizado a criar o que hoje se entende por literatura, mas apenas a expressar a voz de Deus (CARBONI, 2010, p. 37).

Michel Foucault (2001, p. 275) esclarece que, na Antiguidade e até o medievo europeu, havia duas funcionalidades autorais bem distintas e concomitantes: de um lado, os textos ‘literários’ (narrativas, contos, epopeias, tragédias, comédias), que eram aceitos, postos em circulação e valorizados sem que se pusesse em questão a sua autoria, pois a antiguidade da obra, verdadeira ou suposta, era uma garantia suficiente; de outro lado, os textos ‘científicos’ (cosmologia, medicina, ciências naturais, geografia), os quais eram recebidos como portadores do valor da verdade apenas na condição de serem marcados pelo nome do seu autor.

Essas breves referências à noção de autoria na Antiguidade e na Idade Média revelam como a construção da função autor sofreu deslocamentos significativos ao longo do percurso histórico. A corroborar esta ideia verifica-se a ausência de delimitação no que tange à nomeação da figura do autor – por vezes ignorado - e em outros momentos misturado à figura de intérprete ou de enciclopedista. A ideia de obra é diluída, visto que a mesma poderia receber alterações de forma indefinida.

Tais características são profundamente modificadas a partir da Modernidade, a qual é marcada por uma segunda evolução das mídias: a invenção da imprensa, por Johannes Gutenberg, por volta de 1450. Este fato transformou os efeitos da escrita sobre o pensamento e a expressão da cultura humana de forma significativa, alterando, principalmente, as noções sobre autoria e obra. Marco Antônio Sousa Alves (2009, p. 510) afirma que a emergência da função-autor moderna tem uma íntima relação com a invenção da impressora, a partir do século XIV, sendo que a própria ideia de ‘obra literária’ surge como fruto de uma determinada forma de organização textual, linear e autoral, difundida pela impressora e pelo formato do livro.

A própria ideia de ciência, característica da Modernidade, fará com que as noções acerca de autoria modifiquem-se. Michel Foucault (2001, p. 276) refere que entre o século XVII e o século XVIII produziu-se um quias-

ma no que tange à compreensão da autoria, principalmente em relação à sua compreensão na Antiguidade e na Idade Média: os discursos científicos passaram a ser aceitos por eles mesmos, no anonimato de uma verdade estabelecida ou sempre demonstrável – sua vinculação a um conjunto sistemático que lhes dá garantia; e os discursos literários não podem mais ser aceitos senão quando providos da função autor – a qualquer texto de poesia ou de ficção se perguntará de onde ele vem, quem o escreveu, em que data, em que circunstâncias ou a partir de que projeto. O sentido que lhes é dado, o *status* ou o valor que neles se reconhece depende da maneira como se responde a essas questões.

Mas, o que realmente importa destacar é que o desenvolvimento da Modernidade, baseado, sobretudo, na individualidade do sujeito, forneceu as bases para a constituição da visão de autoria como um processo centrado no indivíduo. O conhecimento sofre deslocamento sob essa nova conjuntura, passando a orbitar em torno do sujeito. Passa-se a questionar os limites do saber para além dos sentidos humanos, apontando na direção da construção de um conhecimento racional e objetivo. Nessa nova conjuntura a figura do autor como um indivíduo criador é fortalecida. Quanto ao tema, Roland Barthes (2004, p. 58) expõe que:

O autor é uma personagem moderna, produzida sem dúvida pela nossa sociedade, na medida em que, ao terminar a idade Média, com o empirismo inglês, o racionalismo francês e a fé pessoal da Reforma, ela descobriu o prestígio pessoal do indivíduo, ou como se diz mais nobremente, da 'pessoa humana'.

Paralelamente, a invenção da imprensa fará com que o livro estabeleça mudanças nas práticas de escrita e de leitura. Com efeito, o livro impresso constitui elemento importante para a noção de autoria enquanto algo individual e para a obra como uma estrutura acabada. O texto torna-se fechado em um duplo sentido: por um lado, passa a ter um autor individual identificado; por outro, não está aberto para acréscimos, alterações, supressões ou comentários. Ao mesmo tempo, a prática da leitura também se individualiza: as leituras públicas do período medieval vão sendo substituídas pela leitura silenciosa e solitária.

Até o surgimento da imprensa, a cultura manuscrita permanece significativamente oral, no sentido de que a audição, mais do que a visão, dominava o texto escrito. Isso ocorria porque os manuscritos não eram fáceis

de ler e manusear, devendo os leitores confiar mais na memória, pois localizar novamente um material em um manuscrito nem sempre consistia tarefa fácil (CARBONI, 2010, p. 44). Os textos impressos, nesse sentido, são muito mais fáceis de ler do que os manuscritos. Essa maior facilidade favorece, especialmente, uma leitura mais rápida e silenciosa, o que propicia uma relação diferente entre o autor e o leitor. Ademais, a impressão produziu livros menores e mais portáteis, preparando o cenário para a leitura solitária e silenciosa. Enquanto a leitura na cultura manuscrita consistia numa atividade social, que se dava por meio de uma pessoa lendo para outras em grupo, a impressão propiciou o desenvolvimento da leitura privada (CARBONI, 2010, p. 45).

Além disso, a imprensa também traz a ideia de que as palavras devem ser objeto de propriedade privada, o que era raro entre as pessoas da cultura oral primária, em razão da existência da partilha comum do conhecimento. Assim, a obra passa a ser vista como algo fechado, separado de outras obras, uma unidade em si mesma, originando as noções românticas de originalidade e criatividade (CARBONI, 2010, p. 46).

Porém, o grande responsável pelo entendimento da autoria como um atributo individual será o Romantismo, o qual irá consolidar essa noção nos séculos XVIII e XIX e inspirar as bases do direito autoral. Nesse momento o autor deixa de ser visto como um artesão movido por uma inspiração transcendental para elevar-se ao patamar de gênio criador. A inspiração, nesse sentido, não é mais tida como algo que vem de um ente exterior (as musas, os deuses ou Deus), mas sim de dentro do próprio escritor, que passa a ser valorizado por suas capacidades criativas subjetivas. Marco Antônio Sousa Alves (2009, p. 511) destaca como características deste período: a elevação do artista, a valorização da originalidade e o novo valor imputado à experiência afetiva e emocional do indivíduo.

Nesse contexto, o critério da originalidade ganha grande relevância em contraposição ao antigo valor da imitação (*mimésis*). Os imitadores, antes vistos como aqueles que tinham o talento de reproduzir a beleza divina e a vantagem de saberem renunciar a sua personalidade em prol dessa imitação, passam a ser vistos como autores menores. De outra parte, aqueles que são capazes de expressar algo único e original, saído de sua profundidade subjetiva, passam a ser considerados os grandes autores, tidos como mestres da arte.

A própria vida do autor também passa a adquirir outro sentido, uma ligação direta com sua criação. O autor e a sua obra passam a constituir uma

unidade do ponto de vista da crítica, a qual busca na vida do autor os elementos para a interpretação da sua arte. E, paralelamente, o trabalho criativo alcança outro estatuto, ou seja, ele deve, a partir de agora, ser remunerado como uma contribuição relevante à sociedade. Trata-se de um criador que merece ser financeiramente recompensado por seu talento único.

Pode-se, então, afirmar que nesse momento surge a figura do gênio-criador, ou também denominado de gênio-criativo. Simonton (2002, p. 19) explica que, de acordo com os psicólogos, a criatividade está vinculada a dois componentes distintos. O primeiro relaciona-se à **originalidade**, ou seja, uma ideia ou produto criativo deve ser original. Essa originalidade, por seu turno, deve ser definida em relação a um determinado grupo socio-cultural. O segundo diz respeito à **adaptabilidade** da obra, ou seja, a ideia ou o produto original deve mostrar-se adaptável de alguma forma. No caso das obras artísticas, por exemplo, o autor afirma que esta capacidade de adaptação quase sempre abrange a capacidade de manter o interesse por novas expressões, assim como um forte apelo emocional. Quanto a este aspecto, o autor salienta que uma ideia ou um produto original são considerados adaptáveis em função não do seu criador, mas sim de seus usuários. Portanto, a criatividade engloba uma avaliação interpessoal e sociocultural. “Os outros devem decidir se alguma coisa parece original, mas são eles também os juízes definitivos de sua viabilidade” (SIMONTON, 2002, p. 20).

A partir de tais premissas, Simonton (2002, p. 20) define a genialidade criativa como algo que se faz presente em pessoas que recebem o crédito por ideias ou produtos criativos que deixaram uma forte impressão em determinada área da atividade intelectual ou estética, ou seja, o gênio criativo atinge a eminência ao deixar para a posteridade um conjunto significativo de contribuições que sejam ao mesmo tempo originais e adaptáveis.

Esta ideia de gênio-criativo, que nasce com o Romantismo e até os dias atuais influencia estudos como o de Simonton, (2002, p. 20) que se dedica ao estudo psíquico do gênio-criativo, irá ser determinante, como se verá, para firmar as noções de autoria, obra e originalidade presentes na legislação autoralista.

4 A DISSOLUÇÃO DO AUTOR NA CONTEMPORANEIDADE

A partir do século XIX e ao longo do século XX torna-se comum referir a despersonalização da figura do autor, tema que já foi discutido, por exem-

plo, por Roland Barthes e Michel Foucault. Em suas pesquisas tais autores indicam que a figura do gênio criador (figura cunhada pela Modernidade) está em declínio diante das complexidades que circundam essa relação. Nesse sentido, a presente pesquisa tem como substrato teórico o pensamento de Roland Barthes (2004, p. 57-64), exposto no ensaio ‘A morte do Autor’, publicado em 1968, e de Michel Foucault (2001, p. 264-298), cujo pensamento é analisado a partir da conferência intitulada ‘O que é um autor’, proferida em 1969.

Não obstante, importa referir que a concepção do autor individual e autônomo, tal como exposto anteriormente, começa a receber uma nova perspectiva a partir das críticas feitas ao pensamento Moderno e ao modelo de conhecimento adotado até o momento. Tal deslocamento atinge seu momento crucial com os pensadores do pós-estruturalismo, que irão inverter a compreensão acerca do processo autoral, dando ênfase ao discurso ou à linguagem em detrimento do sujeito.

Nesse sentido, em 1968, o ensaio ‘A morte do autor’, de Roland Barthes, indica o desaparecimento da figura do autor a partir do século XIX e afirma que o verdadeiro agente da escrita é a linguagem e não o indivíduo. A respeito do ato da escrita, discorre Barthes (2004, p. 57-58):

A escrita é esse neutro, esse compósito, esse oblíquo para onde foge o nosso sujeito, o preto-e-branco aonde vem perder-se toda a identidade, a começar precisamente pela do corpo que escreve. Sem dúvida que foi sempre assim: desde o momento em que um fato é contado, para fins intransitivos, e não para agir diretamente sobre o real, quer dizer, finalmente fora de qualquer função que não seja o próprio exercício do símbolo, produz-se este desfasamento, a voz perde a sua origem, o autor entra na sua própria morte, a escrita começa.

Para Barthes (2004, p. 62), uma vez enterrado o autor conforme sua versão moderna, o texto torna-se liberto de um sentido único – a mensagem do Autor-Deus – passando a se apresentar como um espaço de dimensões múltiplas, onde se casam e se contestam escritas variadas, nenhuma das quais é original, pois o texto é “um tecido de citações, saldadas dos mil focos da cultura”. Portanto, o texto é resultado de uma atividade impessoal feita de um ressoar de incontáveis referências culturais, nenhuma delas original (BARTHES, 2004, p. 62). O autor afirma que:

[...] o escritor pode apenas imitar um gesto sempre anterior; jamais original; seu único poder está em mesclar as escrituras, em fazê-las contrariar-se umas pelas outras, de modo que nunca se apoie em apenas uma delas; quisera ele *exprimir-se*, pelo menos deveria saber que a ‘coisa’ interior que tem a pretensão de ‘traduzir’ não é senão um dicionário todo composto, cujas palavras só se podem explicar através de outras palavras, e isto indefinidamente. (BARTHES, 2004, p. 62)

Para Barthes, assim se revela o ser total da escrita: um texto é feito de escritas múltiplas, saídas de várias culturas e que entram umas com as outras em diálogo, em paródia, em contestação. Porém, segundo Barthes, há um lugar em que essa multiplicidade se reúne, e esse lugar não é o autor, mas sim o leitor: o leitor é o espaço exato em que se inscrevem, sem que nenhuma se perca, todas as citações de que uma escrita é feita; a unidade de um texto não está na sua origem, mas no seu destino, mas este destino já não pode ser pessoal. O leitor é um homem sem história, sem biografia, sem psicologia; é apenas esse alguém que tem reunidos num mesmo campo todos os traços que constituem o escrito (BARTHES, 2004, p. 64).

É em razão do reconhecimento desse fenômeno, que Barthes sustenta que para devolver à escrita o seu devir, é preciso inverter o seu mito, ou seja, o nascimento do leitor tem de pagar-se com a morte do autor. Isso, por certo, não significa o desaparecimento do autor, mas sim o necessário reconhecimento da função de leitor no que diz respeito ao fenômeno da autoria.

Quando, em 1969, Michel Foucault, profere a conferência intitulada “O que é um autor”, ele de algum modo responde a Barthes, ao procurar definir o autor. Para Foucault (2001, p. 271), no entanto, essa busca pela função-autor não leva simplesmente à constatação da morte do autor, mas também à necessidade de localizar o espaço deixado vago pela sua desapareição. Foucault afirma que o importante não é mais uma vez constatar o desaparecimento do autor, mas sim descobrir, como lugar vazio, os locais onde sua função é exercida.

O entendimento do desaparecimento do autor importa, inicialmente, compreender como Foucault apresenta o fenômeno da escrita:

Pode-se dizer, inicialmente, que a escrita hoje se libertou do tema da expressão: ela se basta a si mesma, e, por consequência, não está obrigada à forma da interioridade; ela se identifica com sua própria

exterioridade desdobrada. O que quer dizer que ela é um jogo de signos comandado menos por seu conteúdo significado do que pela própria natureza do significante; e também que essa regularidade da escrita é sempre experimentada no sentido de seus limites; ela está sempre em vias de transgredir e de inverter a regularidade que ela aceita e com a qual se movimenta; a escrita se desenrola como um jogo que vai infalivelmente além de suas regras, e passa assim para fora. Na escrita, não se trata da manifestação ou da exaltação do gesto de escrever; não se trata da amarração de um sujeito em uma linguagem; trata-se da abertura de um espaço onde o sujeito que escreve não pára de desaparecer. (FOUCAULT, 2001, p. 268)

A compreensão desse fenômeno exige, por conseguinte, que o sujeito que escreve desapareça, havendo, neste aspecto, um parentesco com a morte. A obra que tinha o dever de trazer a imortalidade recebe agora o direito de matar, de ser assassina do seu autor, pois há o desaparecimento das características individuais do sujeito que escreve. “A marca do escritor não é mais do que a singularidade de sua ausência” (FOUCAULT, 2001, p. 269).

Foucault (2001, p. 267) ressalta que a noção acerca do autor e, portanto, do fenômeno da autoria, constitui o momento crucial da individualização na história das ideias, dos conhecimentos, das literaturas, e também na história da filosofia e das ciências, criando-se uma categoria fundamental entre “o homem-e-a-obra”. Para o autor, essa simbiose criada na relação autor-obra apresenta-se bastante problemática, uma vez que ambos os conceitos (autor e obra) estão desconectados da compreensão do fenômeno autoral.

Foucault (2001, p. 269) destaca a problemática em torno da noção de obra questionando-a da seguinte forma: “O que é uma obra? O que é pois essa curiosa unidade que se designa como nome de obra? De quais elementos ela se compõe? Uma obra não é aquilo que é escrito por aquele que é um autor?” Para Foucault (2001, p.270), todas essas questões remetem a inúmeras dificuldades. Para Foucault, “a palavra ‘obra’ e a unidade que ela designa são provavelmente tão problemáticas quanto a individualidade do autor”.

Em relação à figura do autor Foucault afirma que o seu nome é mais do que um nome próprio, não sendo simplesmente um elemento em um discurso, visto que ele funciona para caracterizar um certo modo de ser do discurso:

[...] para um discurso, o fato de haver um nome de autor, o fato de que se possa dizer ‘isso foi escrito por tal pessoa’, ou ‘tal pessoa é o

autor disso', indica que esse discurso não é uma palavra cotidiana, indiferente, uma palavra que se afasta, que flutua e passa, uma palavra imediatamente consumível, mas que se trata de uma palavra que deve ser recebida de uma certa maneira e que deve, em uma dada cultura, receber um certo *status*. (FOUCAULT, 2001, p. 273-274)

O autor prossegue afirmando a figura do autor enquanto elemento importante na formação, circulação e funcionamento de certos discursos no contexto social:

Chegar-se-ia finalmente a ideia de que o nome do autor não passa, como o nome próprio, do interior de um discurso ao indivíduo real e exterior que o produziu, mas que ele corre, de qualquer maneira, aos limites dos textos, que ele os recorta, segue suas arestas, manifesta o modo de ser ou, pelo menos, que ele o caracteriza. Ele manifesta a ocorrência de um certo conjunto de discursos, e refere-se ao *status* desse discurso no interior de uma sociedade e cultura. O nome do autor não está localizado no estado civil dos homens, não está localizado na ficção da obra, mas na ruptura que instaura um certo grupo de discursos e seu modo singular de ser. (FOUCAULT, 2001, p. 274)

Chega-se, a partir de tais considerações, à função-autor, elemento chave para a compreensão do pensamento de Foucault (2001, p. 274). "A função-autor é, portanto, característica do modo de existência, de circulação e de funcionamento de certos discursos no interior de uma sociedade". Foucault (2001, p. 279-280) caracteriza a função-autor a partir de quatro elementos, quais sejam: a) a função-autor está relacionada ao sistema jurídico e institucional que contém, determina e articula o universo dos discursos; b) a função-autor não nasce e se exerce uniformemente e da mesma maneira sobre todos os discursos, em todas as épocas e em todas as formas de civilização; c) a função-autor não é definida pela atribuição espontânea de um discurso ao seu produtor, mas sim por uma série de operações específicas e complexas; e, por fim, d) a função-autor não remete pura e simplesmente a um indivíduo real, mas pode dar lugar simultaneamente a vários egos.

Quanto à primeira característica, ou seja, a relação com o sistema jurídico e institucional da função-autor, Foucault (2001, p. 274-275) explica que os textos, os livros, os discursos só começaram a apresentar autores na medida em que o autor podia ser punido e, portanto, os discursos podiam ser caracterizados como transgressores.

O discurso em nossa cultura (e, sem dúvida, em muitas outras) não era originalmente um produto, uma coisa, um bem; era essencialmente um ato – um ato que estava colocado no campo bipolar do sagrado e do profano, do lícito e do ilícito, do religioso e do blasfemo (FOUCAULT, 2001, p. 275).

Assim, o discurso seria um gesto carregado de riscos antes de ser um bem extraído de um circuito de propriedades. Esse processo de apropriação, conforme Foucault, teria surgido entre o fim do século XVIII e início do século XIX, quando a possibilidade de transgressão que pertencia ao ato de escrever adquiriu cada vez mais o aspecto de um imperativo da própria literatura. Assim, na visão de Foucault, o regime jurídico burguês seria responsável por estender o direito de propriedade à figura do autor. Nesse ponto, vale salientar que Roger Chartier (2012, p. 42) faz uma correção à análise de Michel Foucault, esclarecendo que a função-autor nesse momento fundamenta-se na propriedade literária, a qual, porém, não está baseada na figura do autor, mas sim na defesa do direito do livreiro editor. Nesta linha, Chartier (2012, p. 45-46) explica:

Portanto, vê-se que a primeira cronologia de Foucault deve ser profundamente revisada. Não é no final do século XVIII, mas no seu início, que emerge o conceito de autor proprietário e de propriedade literária. Por sua vez, esta emergência não é a expressão possível de um novo direito burguês, mas um engajamento a serviço da perpetuação de um velho sistema de privilégios.

O segundo aspecto referido por Foucault (2001, p. 275-276) dispõe que a função-autor não é exercida de uma maneira universal e constante em todos os discursos, o que já foi demonstrado ao longo desta pesquisa. Assim, retoma-se o exemplo de Foucault de que na Antiguidade o anonimato não constituía dificuldade, pois os textos eram colocados em circulação e valorizados sem que fosse colocada a questão da autoria. Já na Idade Média, os textos científicos eram valorizados e reconhecidos em razão do seu autor, enquanto, entre os séculos XVII e XVIII, inicia-se um processo de aceitação dos discursos científicos por eles mesmos, no anonimato de uma verdade estabelecida ou demonstrável cientificamente.

Em relação à terceira característica da função-autor, Foucault (2001, p. 276) afirma que ela é resultante de uma operação complexa que constrói um certo ser de razão que se chama autor. Mas, o nome como marca

individual não é suficiente para a tradição textual. O autor deve ser definido como um certo nível constante de valor, como um certo campo de coerência conceitual ou teórica, como uma unidade estilística e como um momento histórico definido e ponto de encontro de um certo número de acontecimentos. Esses são os critérios de autenticidade de São Jerônimo e que definem a forma como a crítica moderna faz atuar a função-autor na visão de Foucault (2001, p. 277).

No entanto, para Foucault (2001, p. 279-280), os discursos que comportam a função-autor comportam uma pluralidade de egos, várias posições-sujeito que classes diferentes de indivíduos podem vir a ocupar.

O autor – ou o que eu tentei descrever como a função-autor é, sem dúvida, apenas uma das especificações possíveis da função-sujeito. Especificação possível ou necessária? Tendo em vista as modificações históricas ocorridas, não parece indispensável, longe disso, que a função autor permaneça constante em sua forma, em sua complexidade, e mesmo em sua existência. Pode-se imaginar uma cultura em que os discursos circulassem e fossem aceitos sem que a função autor jamais aparecesse (FOUCAULT, 2001, p. 287).

Desse modo, verifica-se que a função-autor, tal como proposta por Michel Foucault, remete à noção de regulação da discursividade em um dado contexto social e desmistifica os elementos de autoria da Modernidade. A reflexão proposta inicialmente por Barthes e depois por Foucault permite, assim, pensar de forma crítica o atual sistema de proteção de direitos autorais, questionando, principalmente, os pressupostos elementares do sistema.

5 O FENÔMENO DA AUTORIA NO DIREITO AUTORAL

A partir do Renascimento verifica-se uma mudança na qualidade da produção intelectual, bem como um aumento da quantidade da produção cultural. Isso ocorre em virtude de dois fatores que influenciaram o crescimento desta produção: a ação dos mecenas e a criação da prensa tipográfica (SANTOS, 2009, p. 24). Com efeito, como afirmado anteriormente, o sistema de proteção autoral passou a firmar-se, principalmente, a partir da invenção da imprensa, uma vez que isto possibilitou a reprodução e, por conseguinte, a difusão ilimitada e fiel de uma mesma obra.

Vale salientar, no entanto, que, inicialmente, tratou-se apenas de estabelecer um sistema de concessão de privilégios aos livreiros e editores

por parte das monarquias, não havendo, a princípio, qualquer menção à figura do autor. Nesse período, a classe dominante passou a preocupar-se com o conteúdo das informações que seriam veiculadas. A Igreja temia a propagação de ideias hereges e a monarquia receava motins políticos. Para contornar tais situações, criou-se o sistema de privilégios, que consistia no direito de exclusividade garantido pelos monarcas aos impressores mediante critérios políticos.

Portanto, o início do direito autoral dá-se mediante uma composição de interesses econômicos e políticos, protegendo-se mais o investimento do que a criação intelectual (ASCENSÃO, 1997, p. 4). A ideia de reconhecimento de direito do autor sobre a sua obra surge mais tarde, pois no início nem se cogitava a atribuição de direitos patrimoniais ao autor. Tal discussão aparece apenas em 1694, quando há o fim da censura e do monopólio na Inglaterra, o que deixa os livreiros enfraquecidos. A partir de então, os livreiros decidem mudar de estratégia, passando a solicitar o reconhecimento de proteção para os autores, para que pudessem negociar com estes a cessão dos direitos sobre as obras (SANTOS, 2009, p. 34).

Como consequência desse contexto, em 14 de abril de 1710, é publicado o *Statute of Anne* ou *Copyright Act*, o qual tinha por objetivo encorajar a ciência por meio da proteção às cópias de livros impressos, aos autores ou legítimos comerciantes de tais cópias, durante o tempo legalmente estipulado. Criou-se a exigência de que os livreiros negociassem as obras com os autores mediante o contrato de cessão. Além disso, ainda que incipiente, esta legislação trouxe grande avanço na regulamentação dos direitos de edição, pois consistia em regras de caráter genérico e aplicável a todos e não mais privilégios específicos garantidos a livreiros individualmente (BRANCO JUNIOR, 2007, p. 16). A partir desse momento o autor assume o lugar de proprietário do trabalho criativo realizado (SANTOS, 2009, p. 34). Contudo, a jurisprudência francesa é que efetivamente irá disciplinar as relações entre escritores e editores. Com a Revolução Francesa, tem-se a abolição dos privilégios dos editores. Em 1791, consagra-se o direito de representação teatral, e em 1793, estende-se este direito às demais obras, quais sejam, literárias, musicais e artes plásticas, passando-se a referir o direito de autor como um atributo da personalidade.

É a partir desse momento que o Direito Autoral desenvolve-se conjuntamente com a construção da figura do gênio-criador, cunhada no Romantismo. Assim, o sistema jurídico incorpora as noções, por exemplo,

de originalidade e de individualidade da obra. Constrói-se, dessa maneira, o paradigma hegemônico quanto à matéria, o qual é eminentemente moderno e romântico, como demonstrado anteriormente, não acompanhando as teorias contemporâneas acerca do fenômeno da autoria.

Nesse sentido, Julio Raffo (2011, p. 19-20) sustenta que o Direito Autoral está baseado em um paradigma hegemônico solidamente estabelecido, que estrutura, orienta e disciplina a concepção e a produção teórica desta matéria. O autor, porém, afirma que é necessário realizar uma reflexão crítica sobre este paradigma, uma vez que ele apresenta anomalias que o distanciam do fenômeno social da autoria. De acordo com Raffo (2011, p. 20-23), o paradigma hegemônico acerca do Direito autoral baseia-se em alguns pressupostos, dos quais alguns são expostos a seguir.

6 O OBJETO DO DIREITO AUTORAL: A OBRA

O autor salienta que, no Direito Autoral vigente, a obra não é vista como unidade indissolúvel com o autor, sendo elevada à categoria de sujeito de direito, quando, em realidade, o que a lei deveria proteger é o autor, e não a sua obra (RAFFO, 2011, p. 20). A corroborar este entendimento, a doutrina afirma que a legislação de direitos autorais tem como objeto a obra resultante do talento criativo do homem no domínio literário, científico ou artístico, que, por sua forma de expressão, exige características de originalidade (AFONSO, 2009, p. 13-14).

7 O HORIZONTE DE INDAGAÇÃO DO DIREITO AUTORAL: A NORMA

O ponto de partida da indagação jurídica a respeito do Direito Autoral está nas normas – nacionais ou internacionais – que regulam a matéria. Deste modo, o modelo se desenvolve, conforme Raffo (2011, p. 20), a partir de uma concepção positivista- normativista, que reduz o fenômeno jurídico à lei, e esta, por seu turno, constitui-se nas palavras do legislador. Assim, o que se afirma no contexto do Direito Autoral diz respeito à realidade do que dizem as normas, enquanto o mundo fático caminha em sentido contrário. Na visão do autor, o jurista, apegando-se à dogmática jurídica, esquece a realidade pré-normativa e se limita a ler, reler e comentar o que a norma diz à luz do que os outros disseram sobre a norma, deixando de ser um jurista realista para transformar-se em um glosador ou exegeta.

8 A ORIGINALIDADE OU INDIVIDUALIDADE DA OBRA

Para a compreensão deste aspecto, cita-se, inicialmente a doutrina de Otávio Afonso (2009, p. 15) quando afirma que a originalidade da obra aponta para a individualidade da obra e não para a sua novidade. Portanto, o produto criativo, pela sua forma de expressão, deve apresentar características próprias suficientes para distinguir uma obra de qualquer outra do mesmo gênero. O conceito de originalidade, sem sua acepção de individualidade, não pode estar limitado à expressão, ou forma externa, mas sim à estrutura ou composição do conteúdo, ou seja, a forma como é precisada a manifestação pessoal do autor (AFONSO, 2009, p. 15).

Raffo (2011, p. 20) explica que, ao colocar-se a obra no centro de gravidade da reflexão, isolando-a de sua necessária relação com a autoria, o tema relativo à sua originalidade aparece como uma característica ou nota objetiva da obra em si mesma considerada. Assim, criam-se estranhas metáforas psicologistas que referem à personalidade do autor presente na obra como determinante da originalidade da mesma. Para Raffo, afirmações deste tipo só seriam sustentáveis se a ciência jurídica fosse buscar pontos de vista freudianos ou lacanianos. Raffo (2011, p. 22) afirma: “*Estoy convencido de que estas expresiones, lejos a ser descriptivas de lo que es una obra, configuran metáforas de imposible verificación empírica*”. Por outro lado, para o autor, esta visão do Direito Autoral é insustentável, uma vez que originalidade não seria outra coisa que o próprio fenômeno da autoria, ou seja, não há autoria sem originalidade e, portanto, não é um atributo da obra, mas sim do autor.

De acordo com Julio Raffo (2011, p. 23), tais pressupostos explicam a série de dissonâncias encontrada no Direito Autoral, uma vez que o paradigma hegemônico se desenvolve sem deter-se previamente em uma descrição pré-normativa do fenômeno “obra autoral” e do trato que se tem com ela.

De este modo la ciencia normal del Derecho autoral padece de la carencia de fundamentación ontológica y sólo encuentra un aparente fundamento en las palabras de las normas o en el prestigio de los autores y juristas que la han desarrollado, que usan la metáfora con pretensión descriptiva y que se citan circularmente generando la apariencia de un fundamento que no es tal. (RAFFO, 2011, p. 23)

Nesse sentido, Raffo propõe o exame da estrutura da obra autoral como um *objeto cultural*, e não como um produto essencialmente jurídico. Trata-se, então, de primeiro compreender o fenômeno, para depois analisar e construir a tutela jurídica. A partir disso, propõe-se uma concepção diferente, cujo centro de gravidade está no fenômeno autoral.

Para Raffo (2011, p. 31), toda obra autoral é um fenômeno cultural que tem sempre uma dimensão expressiva e comunicacional de múltiplos conteúdos possíveis porque o que a obra expressa não depende exclusivamente do que ela é, nem do que pretendeu seu autor que ela fosse, mas seu sentido surgirá de sua integração com sua época, suas circunstâncias e com a dimensão cultural e a sensibilidade de seus destinatários. Este objeto cultural, por seu turno, apresenta em sua estrutura as noções de substrato e sentido. O substrato representa a dimensão material, à qual se pode acessar por meio da percepção sensível. O sentido corresponde ao que se compreende a partir do ato de percepção do substrato. Portanto, a materialidade do substrato é o ponto de partida para a compreensão do sentido que a obra expressa. Raffo (2011, p. 33) adverte, no entanto, que essas duas dimensões da obra – substrato e sentido – não são duas partes que se agregam ou justapõem para formar um objeto, mas são dois aspectos de um mesmo fenômeno.

El acto – vivencia – mediante el cual accedemos al conocimiento de un objeto cultural – la obra, en nuestro caso – ha de tener siempre dos dimensiones, una adecuada a la naturaleza del substrato como hecho: una percepción sensible y otra adecuada a la naturaleza del sentido que ese objeto expresa: la comprensión emocional-cultural del mismo.(RAFFO, 2011, p. 33)

Considerando tais pressupostos, Raffo (2011, p. 42) questiona se há, então, um único sentido da obra artística. O autor responde à pergunta afirmando que a compreensão do sentido que expressa uma obra com dimensão de obra artística pode ser captado em diferentes níveis de profundidade e, inclusive, com diferentes conteúdos temáticos. Assim, as obras de arte podem apresentar: a) o sentido que intencionalmente o autor quis expressar; b) o que o autor acabou por colocar na obra mesmo sem querer; c) o sentido que a obra tem diante da comunidade e d) o sentido que compreende ou recria cada uma das pessoas que se depara com a obra.

A autoria, portanto, integra em um mesmo fenômeno de conduta o autor e o usuário, intermediados pela obra, ou seja, autor e obra são dois aspectos da autoria, porque não pode existir um sem o outro. Conceitualmente pode-se dizer que o usuário corresponde a todo aquele sujeito que tem uma relação com a obra, o que implica: a) a percepção do seu substrato a partir do suporte que a contém; b) a vivência intencional de apreciação ou compreensão do sentido que esse substrato expressa. Obviamente, o autor adverte que não se trata de chegar a uma compreensão fina ou acabada do sentido, mas sim referir o momento em que a percepção sensível do substrato compreende que esse objeto remete a um sentido que convoca e desafia a capacidade de compreensão cultural (RAFFO, 2011, p. 42).

Claro está que, en la medida en que <obra> y <autor> son términos correlativos que se co-implican, todo trato con una obra es, a la vez, un trato con su autor. El autor accede a un público a través de su obra, y el público accede a un autor también a través de la obra. En realidad, autor, obra y público (actual o potencial) son aspectos del mismo fenómeno cultural. No existe autor sin obra, no existe obra que, actual o potencialmente, no se dirija a un público, y no existe público que no lo sea respecto de una obra. (RAFFO, 2011, p. 43)

Deste modo, verifica-se que é preciso que o fenômeno autoral considere a relação autor-obra-usuário. Porém, o sistema, tal como estabelecido, não lida com esta complexidade e exclui o usuário desta relação. Tal como exposto anteriormente, o fenômeno autoral referido na legislação ignora a função-autor e a necessária relação autor-usuário (autor-leitor), mantendo-se preso a um paradigma que ainda enaltece a figura do gênio-criador.

9 O DIREITO AUTORAL VERSUS A AUTORIA NA SOCIEDADE INFORMACIONAL: FIM DO GÊNIO CRIADOR?

A sociedade contemporânea assistiu, nas últimas décadas, a um estreitamento das redes de comunicação em todo o planeta, decorrente da revolução tecnológica e do processo de globalização. O desenvolvimento de novas tecnologias da comunicação e de recursos aos meios informáticos propiciou o advento do que Manuel Castells (2011) denomina de sociedade informacional. Segundo Helenara Braga Avancini (2002, p. 27), a sociedade da informação é uma “categoria indefinida”, pois sua construção conceitual é paralela à evolução social e tecnológica que vivencia o mundo

globalizado. Desse modo, é possível afirmar que a sociedade informacional se trata de um novo paradigma social, baseado, sobretudo, no desenvolvimento das tecnologias da informação e na digitalização das informações e dos conhecimentos (ASCENSÃO, 2002, p. 19).

Com efeito, a sociedade da informação (BRASIL, 2000, p. 3-4) consiste num fenômeno global responsável por uma radical transformação das atividades sociais e econômicas, culminando num novo paradigma técnico-sócio-econômico. Essas transformações oriundas da sociedade da informação podem ser atribuídas a três fenômenos inter-relacionados. O primeiro diz respeito à *convergência da base tecnológica*, a qual decorre do processamento de informações pela forma digital, permitindo, assim, que a informática, a transmissão de dados e os conteúdos se aproximem cada vez mais. O segundo fundamenta-se na *dinâmica da indústria*, a qual, além de continuar desenvolvendo novas tecnologias, tem permitido a popularização dos computadores e outros aparelhos eletrônicos e novas mídias. E, por último, constata-se o *crescimento da internet*, o que permite o acesso à informação de maneira mais célere e difusa, inclusive no que diz respeito à troca de arte e de cultura (BRASIL, 2000, p. 3-4).

A sociedade informacional, portanto, apresenta o conhecimento e a informação como o eixo propulsor do seu desenvolvimento. As novas tecnologias permitiriam estabelecer um sistema de troca cada vez maior de conhecimento e informação, no qual as trocas cooperativas ou colaborativas mostrar-se-iam cada vez mais presentes. Ocorre, porém, que, na atualidade, este sistema baseado na cooperação e no livre fluxo da informação compete com o sistema que resiste às mudanças trazidas pela sociedade informacional e busca manter o regime de exclusividades sobre bens imateriais. Assim, os conceitos jurídicos vinculados à propriedade intelectual são constantemente veiculados com o objetivo de estipular a escassez desses bens informacionais.

Desse modo, se o advento das novas tecnologias traz novos contornos à sociedade contemporânea, o Direito também vivencia as transformações decorrentes do processo de globalização e do desenvolvimento da sociedade informacional. De modo especial, o direito de autor vê-se forçado a buscar novos paradigmas que atendam de forma satisfatória aos direitos fundamentais e isso significa que deve exercer papel significativo na construção do direito de acesso à cultura.

A respeito da relação entre o Estado e a cultura, Marilena Chauí (2006, p. 136) afirma que compete ao ente estatal reconhecê-la como “di-

reito do cidadão e, portanto, assegurar o direito de acesso às obras culturais produzidas, particularmente o direito de fruí-las, o direito de criar as obras, isto é, produzi-las, e o direito de participar das decisões sobre políticas culturais”. Contudo, esta possibilidade de acesso às obras culturais e à sua produção encontra obstáculos na atual lei de direitos autorais, uma vez que seu texto é bastante restritivo no que diz respeito à possibilidade de acesso aos bens culturais, seja no sentido de fruí-los ou de utilizá-los como suporte para a criação artística. Esse tensionamento revela que existe um paradoxo no direito de autor, revelado no conflito entre o interesse particular dos autores e o interesse público de acesso aos bens culturais. Esta referência ao paradoxo do direito de autor, no sentido de contrapor-se ao direito de acesso à cultura, não traz discussão nova. Como já salientado por Plínio Cabral (1998, p. 30), o direito de autor “sempre navegou nessa contradição entre a propriedade individual do criador e o interesse público no benefício das artes, das ciências, dos processos de aquisição do conhecimento”.

Atualmente, contudo, esse paradoxo está dotado de contornos mais nítidos e conflituosos, uma vez que todo o arsenal cultural colocado nas grandes redes de informação encontra empecilhos notáveis quanto à sua utilização em razão das restritvidades impostas pela lei autoral ao acesso aos bens intelectuais. Além disso, Délia Lipszyc (1993, p. 55) relata que essa transformação tecnológica retirou o Direito de Autor da sua posição secundária, afeita a um grupo reduzido de pessoas, como escritores, compositores, artistas plásticos e outros, e que atuava em áreas econômicas restritas, para tornar-se elemento econômico fundamental no mundo contemporâneo.

Lawrence Lessig (2005, p. 8) explica a forma como o direito de autor construiu esse paradoxo a partir da distinção entre a cultura comercial e a cultura não comercial. A primeira é entendida como aquela em que se tem o suporte físico utilizado para a venda de mercadorias, tais como CDs, DVDs e outros. Já a segunda corresponde ao arsenal cultural utilizado livremente pelos indivíduos dentro da comunidade, o qual se revela nas histórias que são contadas oralmente ou nas práticas culturais cotidianas, onde não há pagamento ou circulação de capital. De acordo com o autor:

No começo de nossa história, e por quase toda a nossa tradição, a cultura não-comercial era basicamente desregulamentada. Claro, se as histórias eram grosseiras ou se a sua cantoria perturbava a paz, então a lei poderia intervir. Mas a lei nunca foi especialmente

preocupada com a criação ou disseminação desse tipo de cultura, deixou-a “livre”. Os meios cotidianos nos quais pessoas comuns compartilhavam e transformavam a sua cultura – contando histórias, re-encenando cenas de peças de teatro ou da TV, formando fã-clubes, compartilhando músicas, gravando fitas – eram ignorados pela lei (LESSIG, 2005, p. 8).

Não obstante, o advento da tecnologia da informação acabou por substituir a cultura livre, pela cultura da permissão (LESSIG, 2005, p. 8), na qual os interesses de autores acabaram substituídos pelos interesses dos produtores e dos grandes grupos econômicos do mercado da cultura (BRANCO JUNIOR, 2007, p. 59), culminando num excesso de proteção dos bens intelectuais e de restrições à criatividade cultural (KRETSCHMANN, 2008, p. 218-221).

Nesse sentido, Ronaldo Lemos (2006, p. 4) destaca que

[...] a ampliação dos Direitos de Propriedade Intelectual conflita com preocupações apontadas, ao longo dos últimos anos, por organizações internacionais, órgãos públicos, grupos de peritos e acadêmicos, no sentido de alertar que imperfeições e o eventual fortalecimento do atual sistema de Propriedade Intelectual podem ter efeitos deletérios para o desenvolvimento. Neste sentido, vários países em desenvolvimento, bem como amplos setores da sociedade civil de países desenvolvidos, acreditam que a radicalização destes direitos limita injustamente o acesso dos povos à cultura, à informação e ao conhecimento e, conseqüentemente, trazem impactos negativos ao bem-estar social e econômico e até mesmo à inovação e à criatividade em todos os países, sejam estes desenvolvidos ou em desenvolvimento.

Assim, por exemplo, veicula-se correntemente a ideia de que a obra, para ser protegida pelo direito autoral, deve ser original. “Nossa cultura moderna nos faz esquecer facilmente como diferentes fontes – linguagem, imagens, sons, ritmos, cores, movimentos – são utilizadas pelos autores ou apresentadores e são parte de nossa herança comum. É impossível reivindicar originalidade absoluta” (SMIERS, 2006, p. 107).

Na sociedade contemporânea, o espaço digital pode ser compreendido como um novo espaço público. Porém, ao mesmo tempo em que se costuma enaltecer as variáveis políticas da cultura digital, ignora-se que este novo espaço também sofre as restrições legais impostas pelo direito de

autor. A cultura hoje legalizada no âmbito digital marginaliza e hierarquiza os dispositivos, a qualidade e as forma de acesso e de consumo dos bens culturais em favor do mercado da cultura e em detrimento das possibilidades culturais amplas e abertas propiciadas pela sociedade informacional. Assim, o direito de autor, ao invés de incentivar a criatividade intelectual, funciona como um obstáculo às trocas culturais. Nesse sentido, alerta José de Oliveira Ascensão (2011, p. 36):

Em nome do direito de autor, não se pode fechar radicalmente o acesso a bens culturais. Não há uma 'soberania do autor' que se traduziria no abandono à mera vontade do titular. Tem sempre de permitir faculdades de acesso ao público. Mas também o público não pode pretender a gratuidade geral do acesso. Para isso, há que buscar vias de conciliação, para, deste modo, alcançar o almejado equilíbrio.

Partindo-se desse contexto, tem-se que os conceitos de autoria e de originalidade da obra, bases do direito autoral, têm, na atualidade, fortalecido os mecanismos que impedem o direito de acesso e de interação com as obras intelectuais. Como evidenciado anteriormente, tratam-se de conceitos modernos, cunhados de acordo com o Romantismo, os quais há muito tempo já foram desconstruídos pelas teorias contemporâneas acerca do fenômeno da autoria. De fato, tem se referido que o conceito de autoria merece ser mais aprofundado na doutrina jurídica, principalmente ao se considerar as novas noções de autoria e de ato de criação. No entanto, geralmente a discussão centra-se no reconhecimento de novos tipos de autoria, tais como a autoria colaborativa. Nesse sentido, Guilherme Carboni (2010) ressalta a necessidade de reformar as leis de direitos autorais para que sejam estabelecidas novas formas legais de autoria, facilidades maiores para a criação das obras derivadas e ampliações das limitações de direitos autorais que possibilitem o reconhecimento da sua função social.

Porém, o que se tentou demonstrar ao longo desta pesquisa é que esta discussão – ou seja, o reconhecimento de novas formas de autorias –, por si só, não é suficiente. É preciso que o sistema jurídico autoral seja revisto como um todo a partir de um aprofundamento a respeito do próprio conceito de autor e do fenômeno da autoria, tema pouco estudado na seara jurídica autoral.

Poder-se-ia questionar, então, como o direito autoral se desenvolveu até aqui sem efetivamente ter uma compreensão clara do fenômeno da au-

toria. Em parte, é possível afirmar que isso decorre do fato de que o Direito ainda não consegue desatrelar-se da tradição positivista que o expõe como uma ciência autônoma e autorreferencial. Por conseguinte, um dos motivos que explica a dificuldade dos juristas em lidar com os problemas contemporâneos consiste no aspecto formal e conservador que tem isolado o Direito de outros saberes, os quais são importantes para um sistema jurídico apto a acompanhar as transformações que se operam na sociedade informacional. De um modo geral, os juristas cercam-se de instrumentos jurídicos autossuficientes, crendo neles encontrar um conteúdo e uma eficácia inquestionável, sem que para isso seja necessário buscar outras fontes de conhecimento e o próprio contexto no qual ocorrem os problemas jurídicos. Ignoram, dessa maneira, que o Direito não é absoluto, nem autossuficiente, mas, pelo contrário, é relativo e carente dos diferentes saberes e realidades, sujeitando-se constantemente à revisão em face de uma sociedade altamente complexa (SASS, 2006, p. 107-119).

Tais assertivas importam em reconhecer que o discurso jurídico autoral acaba por restar impregnado de fetiches, crenças, valores e justificativas que são legitimadas através de discursos produzidos por órgãos institucionais. Estes discursos formam o que Luis Alberto Warat (1994, p. 13) denomina de “senso comum teórico dos juristas”. O autor explica que, na realização de suas atividades cotidianas, os juristas são influenciados por diversas representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que acabam por disciplinar, anonimamente, os seus atos de decisão e de enunciação. Por meio da expressão “senso comum teórico” Warat (1994) sustenta que o discurso jurídico, pretensamente científico, impregna-se de valores e os reproduz incessantemente, sem, todavia, revelá-los.

Ao atuarem sob o “senso comum teórico” os juristas não percebem o caráter ideológico dos seus métodos e dos seus discursos. Eles creem no poder metafísico que lhes autoriza a visão da norma enquanto objeto em si, sendo que ao jurista incumbe o estabelecimento de sentidos universais que podem ser acoplados aos entes. Nesse sentido, Streck (2000, p. 57) explica:

O sentido comum teórico ‘coisifica’ o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica, interioriza – ideologicamente – convenções linguísticas acerca do Direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à ‘consumação’ das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamen-

te, os operadores do Direito. Traduz-se em uma ‘para-linguagem’, situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a ‘realidade’ jurídica dominante. É o local dos ‘segredos’. [destaques do autor]

Busca-se, desse modo, evidenciar que na realização de suas atividades os juristas estabelecem uma relação imaginária que abrange um determinado campo de significado por meio do qual se designa a aceitabilidade do real. Warat (1994, p. 14) ressalta que as significações formam um texto que não se extrai da consciência ou da realidade, senão da própria circulação discursiva, por isso, é necessário admitir, nesse contexto, um princípio de intertextualidade pelo qual se deve aprender que o sentido de um texto depende de sua própria história e esta do diálogo surdo com os outros textos de uma cultura.

No que diz respeito à problemática autoral é possível notar a presença de uma série de conceitos, falas e estereótipos, os quais são utilizados pelos juristas sem que seja questionado ou verificado o conteúdo ideológico que escondem. Consta-se um apego à tradição formalista e autossuficiente que torna o Direito um elemento isolado dentro do espectro social. Assim, por meio de mera retórica e repetição, os juristas acreditam nos termos da lei autoral como se fossem verdades absolutas, não havendo qualquer questionamento sobre os “segredos” da lei, sua ideologia ou o próprio fenômeno autoral.

Nesse sentido, verifica-se que, enquanto os meios informacionais trazem uma nova leitura do sujeito autor, o direito de autor permanece vinculado a um paradigma ultrapassado – do gênio criador e da obra enquanto unidade em si mesma -, o qual corrobora, na contemporaneidade, o seu papel de limitador de acesso aos bens culturais. Dentro desse contexto, tem-se que o alargamento do conceito de autoria, bem como a (re)discussão em torno da relação autor-obra-usuário constitui elemento chave na compatibilização entre os interesses de autores e os interesses de acesso aos bens intelectuais. As mudanças vivenciadas pela cultura contemporânea, principalmente no que tange ao ato de criação, à concepção de plágio e à relação autor-obra-usuário corroboram a necessidade de (re)adequação dos pressupostos jurídicos de autoria e de originalidade da obra. Nesse sentido, Raffo (2011, p. 20) expõe a necessidade de superação do paradigma hegemônico acerca do direito de ator para (re)colocar no seu centro de gravidade o fenômeno autoral enquanto conduta compartilhada entre autor e usuário.

Dessa maneira, considera-se que o direito de autor, no que diz respeito às noções de autoria e originalidade não pode persistir no paradigma do gênio-criador. É preciso, portanto, refletir acerca das complexidades do fenômeno da autoria na sociedade informacional, o que significa deixar para trás a definição legal que separa a obra do sujeito autor e do usuário. Raffo (2011) afirma que, no paradigma hegemônico do direito autoral, a obra e o autor são tratados como entes autônomos, sendo a obra elevada a categoria de sujeito de direito. Em outras palavras, dá-se mais reconhecimento à obra do que ao autor. Não obstante, o conjunto autor – obra – público configura um mesmo fenômeno no mundo da vida e esta relação complexa precisa ser reconhecida pelo direito autoral.

Portanto, a revisão dos conceitos jurídicos de autoria e de originalidade da obra exige, necessariamente, a discussão em torno do ato de criação e da relação autor-obra-usuário. Dessa relação, decorre, também, a necessidade de estabelecer novos critérios para o reconhecimento de obras protegidas pelo direito autoral, os quais, diante da nova conjuntura, não podem limitar-se às noções românticas de originalidade ou individualidade da obra (CARBONI, 2010, p. 185; RAFFO, 2011, p. 21).

Desse modo, percebe-se que é necessário iniciar a discussão em torno de questões fundamentais para o Direito Autoral, mas que até o momento têm sido esquecidas, em especial no que tange à compreensão do fenômeno da autoria e da relação entre o autor e o usuário da sua obra. Essa compreensão, por seu turno, poderia resultar num equilíbrio maior do direito autoral e do direito de acesso a cultura. Portanto, considera-se que a (re)contextualização do sujeito autor pode trazer uma nova perspectiva, que, embora não seja exclusiva, poderá contribuir de forma significativa para a construção de um espaço aberto à cultura democrática no âmbito da sociedade informacional.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento de que a autoria é resultado do processo histórico permite notar como o direito autoral construiu seu imaginário a partir da figura do gênio-criador. Em que pese esta figura estar superada diante de estudos contemporâneos a respeito do tema, no imaginário do direito autoral ela continua viva. Assim, quanto ao entendimento a respeito do fenômeno da autoria, o sistema jurídico permanece vinculado a um paradigma que impõe

a ruptura entre o autor e a obra. Além disso, reconhece como objeto de tutela a obra dotada das características de originalidade e individualidade. Tal entendimento só se mostra possível a partir do imaginário do autor como um gênio-criador, conforme demonstrado ao longo desta pesquisa.

Porém, autores como Roland Barthes e Michel Foucault questionam este imaginário, anunciando, inclusive, a possível morte do autor. Afinal, para que o leitor possa nascer, é necessária a morte do autor. O ato da autoria, como demonstrado pelos referidos autores, não está circunscrito ao autor. Ele prolonga-se sobre a figura do leitor, ou, no caso adotado nesta pesquisa, sobre o usuário da obra intelectual. Desse modo, não há como referir qualquer dos elementos do fenômeno da autoria de forma apartada. É preciso, então, reconhecer a complexidade da relação autor-obra-usuário, tal como propõe Julio Raffo (2011).

Certamente, o reconhecimento desta complexidade implica dotar o direito autoral de novos fundamentos. Tais fundamentos não podem deixar de abarcar a figura do usuário, até o momento esquecida pela legislação autoral. Contudo, não se trata de apenas considerar uma nova forma de autoria ou de aumentar os limites ao direito de autor, mas de conceber uma girada ontológica, a qual possa efetivamente compreender o fenômeno que se pretende tutelar. As novas tecnologias propiciadas pela sociedade informacional expõem de forma evidente a necessidade de se repensar não apenas a lei, mas o próprio fenômeno.

Esta pesquisa não teve por objetivo estabelecer as bases desse novo sistema, mas buscou-se, sim, demonstrar que é preciso romper com o senso comum teórico dos juristas na seara do direito autoral. É necessário que os juristas conheçam o fenômeno da autoria e que possam refletir sobre suas características e sobre o que está “escondido” no atual sistema jurídico vigente. Tal postura permitiria desvendar “os lugares secretos do discurso jurídico”, revelando que a mística em torno da figura do autor, tal como reconhecida pela legislação, esconde ideologias, violências simbólicas e interesses econômicos perpetuados desde o surgimento do direito autoral.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. Barueri: Manole, 2009.

ALVES, Marco Antônio Sousa. “O autor em deslocamento: do gênio romântico às criações colaborativas em rede”. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DESLOCAMENTOS NA ARTE, Ouro Preto, 2009. *Anais...* Belo Horizonte: Programa

de Pós-Graduação em Filosofia da UFMG; Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFOP; ABRE, 2010. p. 507-515. Disponível em: <http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/894318/O_autor_em_deslocamento_do_genio_romantico_as_criacoes_colaborativas_em_rede>. Acesso em: 10 jan. 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Sociedade da Informação e Mundo Globalizado. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Propriedade Intelectual & Internet*. Curitiba: Juruá, 2002.

AVANCINI, Helenara Braga. *O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais*. fev. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2002.

BARTHES, Roland. *O rumor da língua*. Tradução de Mario Laranjeira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BRANCO JUNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o uso de obra alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. *Sociedade da Informação no Brasil. Livro Verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia. Set. 2000. Disponível em: <http://www.socinf.org.br/livro_verde/download.htm> Acesso em: 15 jun. 2004.

CABRAL, Plínio. *Revolução Tecnológica e Direito Autoral*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

CARBONI, Guilherme. Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, Direito de Livre Acesso à Informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de Carvalho (Coord.). *Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *Direito Autoral e Autoria Colaborativa: na Economia da Informação em Rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CHARTIER, Roger. *A aventura do livro: do leitor ao navegador*. São Paulo: Unesp, 1998.

_____. *O que é um autor? Revisão de uma genealogia*. Tradução de Luzmara Curcino. Carlos Eduardo de Oliveira Beerra. São Carlos: EdUFSCar, 2012.

CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultura*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Ditos e Escritos*: estética – literatura e pintura, música e cinema. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. v. III. p. 264-298.

KRETSCHMANN, Ângela. *Dignidade Humana e Direitos Intelectuais*: Re(visitando) o direito autoral na era digital. Florianópolis: Conceito/Millennium, 2008.

LEMONS, Ronaldo (Coord.). *Direitos Autorais, acesso à cultura e novas tecnologias*: desafios em evolução à diversidade cultural. Rio de Janeiro: Ministério da Cultura do Brasil, Rede Internacional de Políticas Culturais, 2006.

LESSIG, Lawrence. *Cultura livre*: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade. São Paulo: Trama Universitário, 2005.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo; Ed. 34, 1999.

LIPSYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Ed. Zavalía, 1993.

RAFFO, Julio. *Derecho autoral*: hacia un nuevo paradigma. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2011.

SANTOS, Manuella. *Direito Autoral na Era Digital*: impactos, controvérsias e possíveis soluções. São Paulo: Saraiva, 2009.

SASS, Liz Beatriz. O “senso comum teórico” dos juristas e a função simbólica do direito ambiental. *Revista Perspectiva*, Erechim, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, v. 30, 2006.

SMIERS, Joost. *Artes sob pressão*: promovendo a diversidade cultural na era da globalização. Tradução de Adelina França. São Paulo: Escrituras/Instituto Pensarte, 2006. (Coleção Democracia Cultural; 3)

SIMONTON, Dean Keith. *Na origem do gênio*. Tradução de Carlos Humberto Pimentel D. da Fonseca e Luiz Guilherme B. Chaves. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I* - Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

OBRAS FONOGRAFICAS, SOCIEDADE INFORMACIONAL E A “EVOLUÇÃO” DO DIREITO AUTORAL¹

Guilherme Coutinho da Silva

Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Colaborador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR). Professor convidado da Pós-Graduação em Propriedade Intelectual e Comércio Eletrônico (Universidade Positivo - Curitiba).
coutinho25654@oab-sc.org.br

RESUMO: Desde a criação do Sistema Internacional de Direito Autoral, no fim do século XIX, o assunto se tornou preponderante para o desenvolvimento econômico e social. Consequentemente, surgiram novos instrumentos jurídicos que aumentaram a abrangência deste sistema. O objetivo principal deste trabalho é analisar como os instrumentos jurídicos internacionais sobre Direito Autoral foram modificados ao longo do tempo, especialmente diante das transformações que sofreram as obras fonográficas. Primeiramente é analisada a evolução dos suportes dos fonogramas, desde a criação do fonógrafo e os discos de cera (era analógica) até o formato mp3 (era digital). Posteriormente, trata-se brevemente da formação da Sociedade Informacional e da cultura da Internet. A seguir, é abordada a criação do Sistema Internacional de Propriedade Intelectual e, mais especificamente, Direito Autoral, em relação mais especificamente às obras fonográficas. Os objetos são as principais convenções e tratados internacionais sobre o tema, a fim de compreender a relação entre as mudanças tecnológicas e as alterações na tutela das obras fonográficas. Por fim, são trazidas as conclusões decorrentes da pesquisa.

Palavras-chave: Obras fonográficas. Sociedade informacional. Direito autoral. Tecnologia.

1 INTRODUÇÃO

As obras fonográficas têm um papel central na disseminação das músicas e surgiram justamente no período histórico em que foram construídos os primeiros grandes marcos legais internacionais sobre Direito Autoral. À época, as obras literárias, impressas em larga escala desde o século XV, eram muito mais relevantes e disseminadas, constituindo-se como o principal tipo de obra autorial.

¹ Este trabalho é um recorte da dissertação de mestrado “Acesso às obras fonográficas na sociedade informacional: as relações com o Sistema Internacional de Tutela do Direito Autoral” defendida pelo autor em 2011, sob a orientação do Prof. Dr. Marcos Wachowicz, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Desde a criação do Sistema Internacional de Direito Autoral, com a Convenção de Berna, no fim do século XIX, houve uma evolução na importância deste tema, que se tornou preponderante para o desenvolvimento econômico e social. Consequentemente, surgiram novos instrumentos jurídicos, que aumentaram o nível de protetividade e abrangência deste sistema.

Um dos grandes fatores que geraram implicações na forma de abordagem do Direito Autoral foi a evolução tecnológica, a qual não pode ser vista isoladamente, mas em conjunto com a interação ocorrida com o meio e as práticas sociais. Desde a Revolução Industrial as inovações passam a ter preponderância na construção histórica, ao mudar o ambiente de trabalho e a produção em geral.

Os fonogramas, por terem surgido justamente no final da segunda fase da Revolução Industrial e fazerem parte intensamente da Sociedade Informacional, são um bom fio condutor para abordar a forma como as mudanças tecnológicas e sua assimilação ocorreram. Ao passo que as tecnologias e, conseqüentemente, a sociedade passaram por transformações profundas, coloca-se em dúvida se o Sistema Internacional de Direito Autoral conseguiu se reformular de maneira suficiente para atender à nova realidade para atender as especificidades das obras fonográficas.

2 FONOGRAMAS: ERA ANALÓGICA

A palavra fonograma é constituída pelo antepositivo *Fon(o)* (do grego *phone*, que quer dizer som ou voz) (HOUAISS, 2001, p. 1.368) e pelo pospositivo *-grama* (do grego *grámma*: caráter de escrita, sinal gravado, inscrição, registro, lista...) (HOUAISS, 2001, p. 1.474). Assim, fonograma é a gravação de uma faixa de disco ou registro de ondas sonoras, obtido por aparelhos.

A Revolução Industrial foi um período histórico intenso, em que o desenvolvimento do maquinário transformou a forma de produção. Esta situação ultrapassou os muros das fábricas e se tornou parte fundamental da sociedade. Na medida em que a navegação e ferrovias passaram a se disseminar, este processo saiu da Inglaterra e foi gradualmente expandido para o resto do mundo. Isto aproximou os povos e teve um grande reflexo em suas culturas.

Os fonogramas surgiram ao final da chamada segunda fase da Revolução Industrial e tiveram papel fundamental neste processo de dis-

seminação da cultura, apesar de serem uma invenção recente se comparados à prensa de Gutenberg. O ano que podemos estabelecer como marco histórico do som gravado é o de 1877, quase um século após o início da Revolução Industrial. O inventor americano Thomas Edison criou o fonógrafo (tradução de *phonograph*), um aparelho capaz de registrar sons em cilindros de cera². A emissão de sons dava-se por meio de uma embocadura que se assemelhava a um bocal de um instrumento musical, como uma tuba. Os cilindros atingiram o auge de sua popularidade em 1905 e sobreviveram como produtos comercializados até 1912.

Em 1889 o inventor americano de origem alemã, Emile Berliner inventou o gramofone, um aparelho capaz de tocar discos³. Os discos substituíram definitivamente os cilindros, pois permitiam um tempo maior de gravação com uma qualidade superior (CROWL, 2009, p. 144):

Desde a origem, os fonogramas foram utilizados como forma de preservação da diversidade cultural, com o registro das expressões sonoras tradicionais de povos espalhados pelo mundo. Lévy (1999, p. 140) afirma que “a gravação torna-se responsável, à sua maneira, pelo arquivamento e pela preservação histórica de músicas que haviam permanecido na esfera da tradição oral (etnografia musical)”.

O fonógrafo foi uma invenção que teve rápida repercussão social para os padrões da época. Além disso, criou um marco na disseminação de obras musicais sem precedentes. Antes desta invenção, o único meio de acessar obras musicais era assistir apresentações ao vivo ou por meio de partituras.

Os tipos de suportes foram modificados ao longo dos anos, porém os fonogramas em geral ganharam cada vez mais importância no meio social

² Thomas A. Edison, renomado inventor, recebeu a patente n. 200.521 para um fonógrafo em 19 de fevereiro de 1878 (US Pat. n. 200.521, Feb. 19, 1878). Esta patente é apenas uma das mais de mil que foram concedidas para as invenções de Edison. A descoberta ocorreu quando Edison trabalhava com o transmissor de telégrafo e descobriu que, quando reproduzido em alta velocidade, a fita soava como palavras faladas. Ele descobriu que a voz humana, e outros sons, podem fazer vibrar uma placa de material leve e que agulhas podem registrar e reproduzir as vibrações. Com um cilindro de papel alumínio e uma caneta gravou a música do folclore dos Estados Unidos “*Mary Had a Little Lamb*”. Na virada do século 20, o laboratório Nova Edison Jersey (agora um monumento nacional), foi o centro em torno do qual as fábricas que empregam 5.000 pessoas produzidos novos produtos, incluindo o mimeógrafo, a fluoroscopia, a bateria de armazenamento alcalina, ditafones e imagem em movimento câmeras e projetores. A lâmpada elétrica, sua invenção mais famosa, foi a fundação para hoje *General Electric Company*. Disponível em: <<http://www.uspto.gov/news/pr/2002/02-13.jsp>>.

³ Emile Berliner requisitou a patente n 564.586 para o gramofone em 28 de julho de 1896 (US Pat. n. 564.586, jul. 28, 1896).

e na cultura mundial. O cinema é um bom exemplo de uma arte que passou pelo processo de substituição da música executada ao vivo pela gravada. Em 1894 foi levado ao público na França o cinetoscópio dos irmãos Lumière, os quais em 1895 patentearam o cinematógrafo. A relação do cinema com a música não tardou. Nas primeiras exhibições da invenção dos irmãos Lumière, em 1896, é sabido que havia orquestras presentes, porém ao que se sabe o papel delas era entreter o público nos intervalos da exibição, o cinema ainda era mudo (WIERZBICKI, 2009, p. 16-17). Desde 1905 a exibição de filmes passou a ser regularmente acompanhada por música tocada ao vivo como trilha sonora, já que ainda não havia tecnologia para sincronizar a execução de áudio e imagem gravadas separadamente (WIERZBICKI, 2009, p. 82).

Em 1926, a Warner utiliza pela primeira vez o Vitaphone, no filme *Don Juan*, que acabava com os problemas de sincronização. O processo consistia em ter o som gravado (em disco de quarenta centímetros de diâmetro) sincronizado com o filme por meio de dois monitores conectados, o da vitrola e o do projetor. No ano seguinte, 1927, é lançado o filme *The Jazz Singer*, que marca definitivamente o cinema falado (MÁXIMO, 2003, p. 16). Em 1929, a Fox aperfeiçoa o sistema Movietone, já existente, em que a gravação sonora ocorre na própria película de celuloide, ao lançar o filme *Melody of Broadway* (MÁXIMO, 2003, p. 20). Desde então a união entre som e imagem é irreversível.

Assim como o cinema, outras mídias se caracterizaram pelo uso dos fonogramas. O século XX trouxe muitos progressos técnicos, entre eles a invenção da gravação elétrica, que substitui a mecânica na década de 1920. Cabe destacar que em 1920 surge a radiodifusão nos Estados Unidos, expandida em 1922 para Inglaterra e França, ano em que também é realizada a primeira demonstração pública no Brasil de uma transmissão radiofônica (CALABRE, 2004, p. 8-10). A partir deste momento os fonogramas podiam ser transmitidos em rede e de maneira simultânea a diversas localidades.

A invenção da fita magnética na década de 1930 e o desempenho melhorado dos discos de vinil a partir dos anos 1940, também tiveram grande importância para solidificação do hábito, de certa forma ainda novo, de ouvir-se música gravada. O desenvolvimento de duas modalidades do disco de vinil teve grande influência neste hábito, são elas: o Long-Play (LP) de doze polegadas e 33 1/3rpm (rpm é diminutivo para rotações por minuto) lançado pela Columbia, em 1948; e a versão de 7 polegadas, com um gran-

de furo no meio, que tocava em 45rpm, desenvolvido pela RCA Victor, em 1949 (SÁ, 2009, p. 58).

A indústria fonográfica já possuía, desde seu início, uma tendência à padronização dos formatos, ao escolher um formato principal para ser vendido ao grande público. Este modelo se intensificou com a introdução do vinil (uma matéria prima mais barata e abundante para a produção de suportes físicos) e a padronização da velocidade de reprodução. As *maiores* (maiores gravadoras) da época (RCA Victor, Columbia, Decca e Capitol) atuavam já com forte integração vertical, ao desenvolverem diversas atividades da cadeia produtiva, “desde a procura de artistas, gravação do fonograma, distribuição para uma cadeia própria de revendedores, até a divulgação e comercialização de seu produto em rádios e no cinema” (LEÃO; NAKANO, 2009, p. 14).

A partir da década de 1950 são introduzidos os microssulcos na prensagem dos discos de vinil e é inventado o som estereofônico (que permite a divisão do som em dois canais, ou alto-falantes), o que passou a garantir mais qualidade sonora. No início da década de 1960, a qualidade de som apresentada pelos discos começa a competir com a qualidade do som ao vivo. Nesta época o fonograma passa a ter um significado maior do que apenas gravar o que podia ser reproduzido ao vivo. A evolução das tecnologias de gravação traz cada vez mais possibilidades aos artistas:

Quase no final dos anos 60, o estúdio de gravação tornou-se o grande integrador, o instrumento principal da criação musical. A partir dessa época, para um número cada vez maior de peças, a referência original tornou-se o disco gravado em estúdio, que a performance ao vivo nem sempre consegue reproduzir. Dentre os primeiros exemplos dessa situação paradoxal na qual o original torna-se a gravação, citemos algumas músicas do álbum Sargent Pepper's Lonely Hearts Club Band dos Beatles, cuja complexidade tornou necessárias técnicas de mixagem impossíveis de serem realizadas ao vivo. (LÉVY, 1999, p. 140)

O vinil estereofônico de alta-fidelidade mantém-se como principal suporte para os fonogramas por mais de duas décadas (CROWL, 2009, p. 145). O fato de o vinil poder ser considerado o principal suporte não significa que ele era o único. Paralelamente, a fita magnética era utilizada em rádios, TVs, produtoras de cinema e nas gravadoras, para a gravação das matrizes que dariam origem aos discos. O desenvolvimento destas fitas

acabou gerando um formato acessível não só aos produtores, mas também aos consumidores de conteúdo: a fita cassete (popularizada no Brasil como K7), criada pela Philips em 1963.

A fita K7 possui inferior qualidade de som em relação ao vinil, porém permitiu possibilidades complementares, como a de qualquer um organizar as faixas da forma que desejasse, misturando artistas e fazendo seleções musicais, que ficaram conhecidas como *mixtapes* (fitas misturadas, na tradução literal), além de permitirem a cópia doméstica de qualquer fonograma, sem a necessidade de equipamentos avançados. Ademais, o K7 era mais portátil e podia ser utilizado em carros. É um formato bem mais prático e barato do que o vinil, pelo seu tamanho reduzido e resistência ao manuseio, ao contrário deste, que facilmente pode ser arranhado, o que prejudica a execução.

A característica de possibilitar a cópia de músicas em aparelhos caseiros chegou a preocupar a indústria musical no início. Porém, logo o formato foi aproveitado também pelas grandes gravadoras e passou a gerar muita receita⁴. Como o custo de produção de um K7 é muito mais barato do que o de um vinil, este suporte se tornou também a solução perfeita para as chamadas fitas demo, as amostragens de trabalhos musicais profissionais, ou gravações em geral. A circulação de gravações independentes, bem como a cópia de gravações comerciais sem autorização, iniciou-se por meio das fitas K7 (CROWL, 2009, p. 147). Surge, assim, um novo conceito: se o vinil possibilitou a audição doméstica de música, a evolução do K7 trouxe a audição individualizada e portátil (CARVALHO; RIOS, 2009, p. 83).

Percebe-se como uma nova tecnologia, na medida em que se torna importante e largamente disseminada, tem um papel relevante na construção da cultura. A portabilidade levou a música para qualquer lugar, assim como se criou o hábito da audição de música por fones de ouvido, o que permitiu, por exemplo, que jovens tivessem liberdade de escolher o que queriam ouvir. A miniaturização dos aparelhos trouxe também uma diminuição dos preços. Um *Walkman* (aparelho portátil da Sony) era muito mais acessível do que um aparelho completo para se escutar vinil. A era digital veio a seguir e levou este processo às últimas consequências.

⁴ Original: *The music industry has for many years considered tape recording its natural enemy because of the possibility it offers for pirating records. But the development of the record business over the past 10 years - years in which the tape recorder has virtually become a household commodity - does not seem to justify this belief after all: the record business is prospering as never before.* (SOLLEVELD, Coen. Solleveld cites global standard need for cartridge industry. Billboard, 8 abr. 1967)

3 FONOGRAMAS: ERA DIGITAL

Houve um intervalo de pouco mais de 100 anos entre o primeiro fonograma e a gravação digital. O CD, ou *Compact Disc Digital Audio* (CD-DA, Disco Compacto de Áudio Digital), da Sony/Philips, surgiu em 1983, como decorrência da busca tecnológica da indústria por gravações que pudessem ser ouvidas sem ruídos indesejados. Com uma capacidade de armazenamento de 70 minutos, bem superior à de um disco de vinil, apresenta níveis de ruídos e distorção quase imperceptíveis. É um disco de 4,5 polegadas criado a partir de tecnologias digitais, com aparência de alumínio, gravado de um só lado, ao contrário das fitas K7 e dos vinis, que possuem lado A e B.

O avanço da microinformática expandiu ainda mais os horizontes da difusão das obras musicais. No início dos anos 1990, já era possível realizar uma gravação de altíssima qualidade diretamente no disco rígido de um computador. “Consequentemente, os custos das gravações baixaram vertiginosamente e, gradualmente, democratizaram os espaços de difusão da música” (CROWL, 2009, p. 148).

Lévy (1999, p. 141) afirma:

A partir de agora os músicos podem controlar o conjunto da cadeia de produção da música e eventualmente colocar na rede os produtos de sua criatividade sem passar pelos intermediários que haviam sido introduzidos pelos sistemas de notação e de gravação (editores, intérpretes, grandes estúdios, lojas). Em certo sentido, retornamos dessa forma à simplicidade e à apropriação pessoal da produção musical que eram próprias da tradição oral.

O mesmo princípio da portabilidade, presente no *Walkman*, se perpetuou com o *Discman*, também criado pela Sony, em 1984, que tocava Cds em vez de fitas K7 (CARVALHO, 2009, p. 83). Porém, ainda não havia uma forma de compactação digital, que pudesse transformar a audição e compartilhamento de música pelos microcomputadores algo popular.

A tecnologia MP3⁵ começou a ser desenvolvida em 1987 pelo Instituto de Circuitos Integrados Fraunhofer, mantido pelo governo alemão. O novo processo somente ganhou relevância quando apresentado às empresas americanas do Vale do Silício, na Califórnia. A partir daí tornou-se um padrão para a compressão de áudio, capaz de reduzir conside-

⁵ MP3 é a sigla para MPEG (Motion Pictures Expert Group) Audio Layer III.

ravelmente o tamanho de um arquivo digital, sem perda significativa da qualidade do som.

Por mais que o prazo entre as invenções e assimilação pela sociedade das novas tecnologias passasse a ser cada vez menor, ainda havia um lapso de tempo que permitia a coexistência dos formatos. Além disso, há todo um aspecto cultural e afetivo envolvido no consumo de música, que não permite considerar completamente obsoletas as tecnologias envolvidas neste processo. Assim, na década de 1990, momento que o CD ainda se popularizava e já havia sido criado o mp3, os três formatos físicos principais: vinil, K7 e CD eram ainda largamente utilizados (STOVER, 1991, p. 78)⁶.

O MP3 é um suporte que se adequou às necessidades de portabilidade da população em geral e ganhou popularidade a contragosto das gravadoras, pois colocavam em xeque o controle quase total sobre o mercado que detinha a indústria cultural. O MP3 possibilitou a digitalização de antigos acervos em arquivos compactos com qualidade de reprodução altamente satisfatória para a utilização em larga escala. Assim, teve um papel importante na inserção da música na nova sociedade informacional, transformando-se também em um símbolo desta sociedade, ao ser um formato caracterizador da cultura digital.

4 SOCIEDADE INFORMACIONAL

Castells (1999) distingue os termos Sociedade de Informação e Sociedade Informacional, já que o primeiro enfatizaria apenas o papel da informação na sociedade, bem como afirma que a comunicação de conhecimentos foi fundamental a todas as sociedades, não apenas à atual. Continua:

⁶ Original: *The average American household has three cassette players and a library of about 60 tapes, according to Philips Consumer Eletronics Co., which introduced the standard compact cassette in 1963. Audio stored on these cassettes clearly sounds inferior to that from compact discs (CDs), introduced by Philips in 1982. Yet many owners of CD players use their machines to make tape recordings of compact discs, Why? Because Americans like to take their music with them.*

Music from CDs sound great, but the silvery discs are perceived as delicate - not something you'd stash in your glove compartment or take to the beach. Cassettes, on the other hand, are seen as rugged. So tape remains the audio format or choice for car and portable stereos.

"A product that is so popular cannot be totally wrong", says Win Wielens, managing director of Phillips's audio division, based in the Netherlands. (STOVER, Dawn. The Second coming of the digital cassette. Popular Science, ano 119, vol. 238, n. 6, junho 1991, p. 78)

[...] o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico. [...] Meu emprego dos termos sociedade informacional e economia informacional tenta uma caracterização mais precisa das transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para nossas sociedades. Porém, o conteúdo real de sociedade informacional tem de ser determinado pela observação e análise. (CASTELLS, 1999, p. 46)

A questão do acesso à informação é ponto fundamental na construção dessa sociedade, que se tornou complexa, sistêmica, informacional. Os mecanismos de controle, distribuição e reprodução de informação, controlados por castas desde a Idade Média, evoluíram para alcançar uma rede internacional (WACHOWICZ, 2010, p. 25). Desta forma, tornou-se possível às pessoas conectadas à internet acessar simultaneamente a mesma informação, de localidades distintas, por vezes no mesmo momento em que a informação está sendo produzida.

Além disso, a forma como essa nova sociedade foi criada impõe não apenas a transposição dos modos físicos de produção para o digital, de forma a se criar conhecimentos de maneira isolada e que ficarão segregados do resto da comunidade. A informação ganha maior relevância de acordo com o grau de acessibilidade disponível e a repercussão gerada na rede (CASTELLS, 2003, p. 8).

Esta nova economia não surgiu de forma pacífica, já que velhos conglomerados sofreram com a expansão de possibilidades e o surgimento de novos modelos de negócio, assim como surgiram novos conglomerados empresariais que souberam surfar sobre a nova onda. Ascensão ressalta que “muito rapidamente o sistema evolui, dum estilo amadorístico e cultural, para instrumento poderoso de negócio”. O domínio das infraestruturas de telecomunicações e de seus detentores, com os processos de privatização que acompanham a nova globalização, gera um movimento de concentrações gigantesco, formando-se “grandes oligopólios horizontais e grandes conglomerados locais”. O autor continua: “a necessidade de ocorrer a todos os tipos possíveis de demanda leva a que só empresas gigantescas possam ter pretensões de competir no mercado”, assim “estreitam-se as possibilidades de informação plural quando os mesmos acontecimentos monopolizam todas as vias” (ASCENSÃO, 2002, p. 69-70).

A concentração das estruturas que são a base da rede se contrapõe de forma paradoxal à multiplicação de produtores fonográficos possibilitada pelo avanço das tecnologias digitais e da internet, assim como a uma mudança na posição das pessoas em relação ao seu meio. Aqueles que antes eram meros usuários e, porque não, espectadores do seu próprio meio social, podem agora inverter o papel ou até exercer papéis simultâneos, com a facilidade de se produzir e distribuir conteúdos, todos agora são atores em potencial, com capacidade de participar diretamente da sociedade em rede. Não se acessa *sites* na internet como se visita a um museu antigo, mas sim se navega por eles, com a possibilidade de interação e escolha do caminho a ser seguido, por meio dos *links*. Da mesma forma, o criador e público musical passaram a não depender mais da indústria fonográfica para poder criar, acessar, compartilhar e até reformular músicas.

Assim como os fonogramas, o Sistema Internacional de Direito Autoral passou por um processo de evolução durante o século passado, com atualizações da Convenção de Berna, seu primeiro grande marco, e a redação de outros importantes tratados sobre o tema. Porém, é preciso verificar se estas mudanças foram capazes de suprir a necessidade e oferta crescente de obras fonográficas, característica destes novos tempos, principalmente no meio digital.

5 “EVOLUÇÃO” DO DIREITO AUTURAL

A invenção dos tipos móveis por Gutenberg, em 1455, dinamizou a forma de reprodução de livros, partituras musicais e textos em geral, que antes eram manuscritos por copistas em mosteiros. Assim, impôs-se a criação de uma tutela jurídica sobre o tema.

Este foi um processo lento, já que apesar do surgimento de atos oficiais que concediam privilégios relacionados à publicação de obras (como a Carta Mary de 1557 na Inglaterra que criou uma companhia – os *Stationers* – com o monopólio da atividade de imprensa), o primeiro grande marco legal mundial sobre o tema foi ocorrer apenas em 1710, com o Ato da Rainha Ana, justamente na própria Inglaterra, berço da Revolução Industrial⁷.

⁷ Anteriormente, na própria Inglaterra, foi formulada a *Licensing Act*, de 1662, que concedia às editoras britânicas um monopólio sobre a publicação sobre as obras literárias, porém a lei durou apenas até 1965 (LESSIG, Lawrence. *Free culture – the nature and future of creativity*. Nova Iorque: Penguin Books, 2005. p. 86). Já na França, por volta de 1665, houve um decreto real que outorgou às livrarias parisienses o direito de exclusividade na publicação

Apesar de ser um estatuto pioneiro, por ter instituído o Direito Autoral, Carboni (2010, p. 49) comenta sobre a sua característica de preservar os interesses já vigentes:

Entretanto o *Copyright Act*, da Rainha Ana, serviu menos aos interesses dos autores do que aos dos editores, como uma forma de continuidade das práticas de regulação do comércio de livros da *Stationers' Company*, que, em 1557, adquiriu o monopólio de publicação de livros na Inglaterra, tornando-se, por um longo tempo, responsável pelo controle do comércio de livros naquele país.

O Ato da Rainha Ana inicia com a frase “um ato encorajador do aprendizado”⁸. Esta frase já sugere que o foco da tutela não seria necessária e diretamente para o autor (muito menos os titulares de direitos autorais). Porém, no texto legal há poucos pontos neste sentido, como a obrigação de cada lote de publicações direcionar algumas unidades para bibliotecas públicas⁹ e também a possibilidade do consumidor questionar o preço dos exemplares caso estes estejam muito elevados¹⁰ (algo que não é garantido

de obras inéditas. (SANTIAGO, Oswaldo. *Aquarela do direito autoral: História – Legislação – Comentários*. Rio de Janeiro: Mangione, 1946, p. 11-13).

⁸ Do original “*An act for the encouragement of learning*”, *Statute of Anne (An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned)*, 10 abril 1710.

⁹ Original: *V. Provided always, and it is hereby enacted, That nine copies of each book or books, upon the best paper, that from and after the said tenth day of April, one thousand seven hundred and ten, shall be printed and published, as aforesaid, or reprinted and published with additions, shall, by the printer and printers thereof, be delivered to the warehouse keeper of the said company of stationers for the time being, at the hall of the said company, before such publication made, for the use of the royal library, the libraries of the universities of Oxford and Cambridge, the libraries of the four universities in Scotland, the library of Sion College in London, and the library commonly called the library belonging to the faculty of advocates at Edinburgh respectively.*

Atualmente, no Brasil, existe um sistema semelhante, denominado Depósito Legal em que é exigida a remessa à Biblioteca Nacional de um exemplar de todas as publicações produzidas em território nacional. A Lei 10.994/04 institui esta obrigação em relação às publicações impressas e, recentemente, a Lei 12.192/10, fez o mesmo a respeito das obras fonográficas. Em razão de ser exigida a entrega de apenas um exemplar a uma biblioteca, não é possível dizer que fica garantido um maior acesso às obras. A função principal é de arquivamento e preservação da cultura.

¹⁰ *IV. Provided nevertheless, and it is hereby further enacted by the authority aforesaid, That if any bookseller or booksellers, printer or printers, shall, after the said five and twentieth day of March, one thousand seven hundred and ten, set a price upon, or sell, or expose to sale, any book or books at such a price or rate as shall be conceived by any person or persons to be too high and unreasonable; it shall and may be lawful for any person or persons, to make complaint thereof [...].*

pelas normas atuais). No mais, o sentido principal é a proteção do investimento no processo produtivo de obras autorais.

Com o liberalismo, os direitos de propriedade sobre os bens imateriais adquiriram maior importância. Era necessária a universalização e uniformização da proteção autoral em todo o mundo. Como afirma Ascensão (1997, p. 635):

A consagração progressiva do direito de autor suscitou desde o início a repercussão internacional.

A obra literária ou artística, com maior ou menor intensidade consoante os tipos, é susceptível de formas de utilização que vão além dos limites demarcados pelas fronteiras dos Estados. Não teria completo significado a consagração do direito de edição, em proveito do autor, se num país estrangeiro de língua comum se pudesse fazer uma livre utilização da obra. Não bastaria pedir a apreensão dos exemplares produzidos sem autorização que entrassem no país de origem; o autor aspira a ver o seu direito reconhecido também perante a ordem jurídica estrangeira.

Originaram-se, assim, as duas grandes convenções internacionais: a de Paris, em 1883 e a de Berna, em 1886. A primeira objetivava a proteção do direito industrial e a segunda das obras literárias, artísticas e científicas (BARBOSA, 2005, p. 45). Não sem motivo estas grandes convenções foram impulsionadas por países europeus, que eram à época os grandes “exportadores de obras intelectuais” (ASCENSÃO, 1997, p. 639).

A União de Berna foi fruto dos esforços de entidades privadas de autores, em especial francesas, e teve origem na Europa. Apesar da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas ter sido firmada no distante ano de 1886, é até hoje o instrumento padrão para o Direito Autoral, tendo passado por diversas revisões, em: Paris, 1896; Berlim, 1908; Berna, 1914; Roma, 1928; Bruxelas, 1948; Estocolmo, 1967; e Paris, 1971 (FRAGOSO, 209, p. 84).

Observa-se que o marco inicial para a construção do Sistema Internacional de Direito Autoral ocorreu em uma época em que o fonógrafo, surgido em 1877, ainda era uma criação muito recente, a qual não havia atingido ainda a popularidade, como já apontado. Portanto, será analisado neste tópico se os fonogramas foram incluídos no escopo da Convenção, assim como se os conceitos e parâmetros construídos aplicam-se a estas obras.

A Convenção de Berna (1886) já traz em seu preâmbulo: “Os países da União, igualmente animados do propósito de proteger de maneira tanto quanto possível eficaz e uniforme os direitos dos autores sobre as respectivas obras literárias e artísticas”. Fica claro o enfoque individual, de proteção ao autor, sem menção ao equilíbrio com o interesse público. É também de se destacar o termo “quanto possível e eficaz”, que parece já reconhecer a impossibilidade de uma eficácia plena destes direitos, da maneira como são regulados.

Allan Rocha Souza (2006, p. 53) destaca:

Resta claro que a iniciativa em favor da formação da União de Berna, de onde advém a Convenção, veio não dos governos mas dos próprios autores. Buscava-se neste momento a universalização da proteção aos autores e também a sua uniformização, princípios estes que permanecem até então, além da centralização na União de todas as questões referentes a estes direitos.

Se a tutela do autor é facilitada de sobremaneira pela Convenção de Berna, já a utilização das obras por terceiros, pelo contrário, exige a autorização do autor, como nos seguintes casos pertinentes aos fonogramas: execução e transmissão pública (art. 11); radiodifusão e comunicação pública (art. 11 bis); adaptações, arranjos e outras transformações (art. 12). Tais parâmetros mínimos de proteção obrigatórios aos países signatários impossibilitam a livre utilização das obras, mesmo em casos especiais, como para uso didático ou por portadores de necessidades especiais, por exemplo. Para estes usos se faz necessária regra especial, que foi construída historicamente, mas não estava prevista no texto original da Convenção. Cabe salientar que o artigo 27 estabelece que “a presente Convenção será submetida a revisões a fim de nela introduzirem melhoramentos que possam aperfeiçoar o sistema da União”.

Não bastasse os amplos parâmetros mínimos de proteção aos autores concedidos pela Convenção de Berna, o artigo 20 desta reserva ainda aos países signatários o direito de “celebrar entre si acordos particulares, desde que tais acordos concedam aos autores direitos mais extensos do que aqueles conferidos pela Convenção ou que contenham estipulações diferentes não contrárias à mesma”. Não há, contudo, um padrão máximo de proteção, de forma que, em tese, é ilimitado o direito dos países de estender indefinidamente os direitos dos autores dentro do Sistema Internacional de Direito Autoral. Cabe a aplicação destas normas em con-

junto com as normas constitucionais relativas a questões como acesso à cultura e liberdade de expressão de cada país, além de tratados internacionais sobre o tema (como os da Unesco a serem analisados em tópico específico), para que não seja prejudicado em demasia o interesse público de acesso às obras.

Um dos mais importantes artigos da Convenção de Berna é o 7, 1, que estipula o prazo mínimo de toda a vida mais 50 anos após a morte do autor para a proteção de suas obras. Desta forma, de acordo com o supracitado artigo 20, os países podem estender este prazo, já considerável, sem qualquer limite máximo, o que ocorre em diversos países.

A Convenção de Berna não cita diretamente os fonogramas no rol de obras protegidas por seu artigo segundo, limita-se a citar “as composições musicais, com ou sem palavras”. Isto se deve ao fato de o fonógrafo ser uma invenção relativamente recente à época da União de Berna, conforme já demonstrado. Como se trata de um rol exemplificativo, deve-se considerar que os fonogramas são também protegidos por este marco legal. Um fato a ser destacado é que mesmo nas revisões posteriores da Convenção não houve a preocupação em inserir menções diretas aos fonogramas no texto.

O fato de ter sido a Convenção de Berna redigida em um período anterior à popularização dos fonogramas é algo extremamente relevante. Afinal, como afirma Ascensão (1997, p. 639):

[...] esta continua a ser o instrumento-padrão do direito de autor internacional. Tecnicamente cuidada, é fortemente protecionista. O seu âmbito europeu foi-se apagando com a adesão de numerosos países. [...] Esta convenção deu o tom às convenções internacionais nestes domínios, pois a sua estrutura fundamental foi seguida pelos países posteriores.

Isso significa que a construção do sistema internacional de direito autoral, que perdura até hoje, foi realizada sem levar em consideração as características próprias deste tipo de obra. Desde o seu início, a tutela das obras fonográficas é feita por analogia aos conceitos vinculados, principalmente, às obras literárias, como “publicação”, por exemplo.

Afirma Paranaguá (2009, p. 17):

A convenção impôs verdadeiras normas de direito material, além de instituir normas reguladoras de conflitos. Mas o que de fato

impressiona é que, apesar das constantes adaptações que sofreu em razão das revisões de seu texto em 1896, em Paris; 1908, em Berlim; 1914, em Berna; 1928, em Roma; 1948, em Bruxelas; 1967, em Estocolmo; 1971, em Paris e 1979 (quando foi emendada), a Convenção de Berna, passados mais de 120 anos de sua elaboração, continua a servir de matriz para a confecção das leis nacionais (entre as quais a brasileira) que irão, no âmbito de seus Estados signatários, regular a matéria atinente aos direitos autorais. Inclusive no que diz respeito a obras disponíveis na internet.

Um fator importante a ser destacado é que a última revisão da convenção de Berna ocorreu em 1971, em Paris. Esta data é anterior ao início da digitalização dos fonogramas, com o surgimento em 1983 do CD da Sony/Philips, como descrito no primeiro capítulo. Assim, fica claro que esta importante invenção tecnológica, que levou a disponibilização e acesso dos fonogramas a outro patamar, bem mais relevante, não foi considerada na elaboração deste importante instrumento legal, o qual continua como referência para as legislações nacionais até hoje, como referido por Ascensão e Paranaguá, além de ser base para o TRIPs, acordo de livre comércio da Organização Mundial do Comércio (OMC), o qual reiterou de forma quase integral o texto da Convenção de Berna, de forma a estendê-la a todos os países filiados à OMC.

Fez-se necessário que a Convenção de Berna trouxesse alguma regulamentação que limitasse de certa forma os direitos exclusivos dos titulares de direito autoral.

Afirma Cordeiro (2011, p. 2):

Os direitos de autor e conexos, tal como qualquer direito subjectivo não são plenos – no sentido em que são objecto de limites intrínsecos e extrínsecos.

Acontece, porém, que neste como noutros direitos exclusivos a tendência dos titulares de direitos é a de aceitarem uma limitação dos mesmos tão reduzida quanto possível. Pelo contrário, os utilizadores das obras e prestações pretendem um âmbito de liberdade de acção necessariamente amplo, no que são acompanhados pelo público em geral – interessado num acesso fácil e económico aos conteúdos culturais que promovam a sua formação e distração.

É da composição destes diferentes interesses que resulta o Direito de Autor tanto no passado como nos dias de hoje.

Neste intuito, a Revisão de Paris consagrou a Regra dos três passos, originada na Conferência de Estocolmo em 1967, que estabelece exceções e limites de aplicação dos direitos de propriedade intelectual. Assim, é permitida a livre utilização de qualquer obra, mas caso sejam cumpridos os três requisitos seguintes: em certos casos especiais (passo 1), desde que essa reprodução não prejudique a exploração normal da obra (passo 2) e nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor (passo 3), previstos no artigo 9, (2) da Convenção de Berna. Cordeiro comenta sobre a regra dos três passos:

A lógica que lhe está subjacente é, de algum modo, simples. Pretendendo-se evitar um direito de reprodução excessivamente amplo, procurou-se estabelecer limites que os Estados-Membros da União de Berna, pudessem adequar às suas diversas legislações e sensibilidades jurídicas. Temperavam-se, assim, discrepâncias que tinham levado a que um dos direitos patrimoniais mais importantes – o direito de reprodução – estivesse afastado tão longamente do quadro de Berna. [...]

Também é seguro que o exercício do direito exclusivo deve proporcionar ao autor os dividendos a que ele possa legitimamente aspirar através da “exploração normal da obra”, não causando o limite um prejuízo excessivo (“injustificado”) ao titular do direito. Mas ir mais longe do que isto afigura-se-nos difícil, fundamentalmente no que toca à determinação do que é normal e injustificado, onde não se pode fugir a um subjetivismo que deriva da própria concepção que se tenha sobre o Direito de Autor. (CORDEIRO, 2011, p. 2-3)

A regra dos três passos solidificou-se no sistema internacional de tutela do direito autoral, ao ser abrangida posteriormente também pelo Acordo TRIPs de 1994. O Acordo TRIPs surgiu em um momento importante, pouco anterior à explosão da internet e disseminação de fonogramas em arquivos mp3, mas em um contexto em que já se tinha dimensão dos reflexos das novas tecnologias informacionais em relação ao uso das obras autorais, principalmente em países mais desenvolvidos, como os Estados Unidos, que já começavam a viver uma nova realidade. Mesmo assim, optou-se por reeditar na quase integralidade o texto da Convenção de Berna, criada em 1886 e que teve sua última revisão no já distante ano de 1971, anterior ao processo de digitalização da música, como antes afirmado neste trabalho.

O grande passo para a internacionalização dos direitos autorais relativos aos fonogramas foi dado em 1961. Depois de uma conferência que reu-

niu 42 países na cidade de Roma, foi aprovada a Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, mais conhecida como Convenção de Roma. Nela foram contemplados os direitos conexos, que são aqueles chamados de “vizinhos” ao direito do autor, por não tutelarem diretamente o criador da obra.

A Convenção de Roma é o primeiro marco jurídico internacional que trata especificamente dos fonogramas. Este tratado impulsionou o avanço de um processo amplo de extensão dos direitos dos autores para outras pessoas e agentes, inclusive empresas, envolvidos no processo de criação e difusão de obras autorais em geral.

O preâmbulo da Convenção de Roma afirma “Os Estados contratantes, animados do desejo de proteger os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, acordam no seguinte”. Não há menção, no entanto, à questão da evolução tecnológica ou utilização indevida de obras autorais (a popular pirataria).

O artigo 3º da Convenção conceitua os termos utilizados. “Artistas intérpretes ou executantes” são considerados: os atores, cantores, músicos, dançarinos e outras pessoas que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem, por qualquer forma, obras literárias ou artísticas. Em relação aos fonogramas é muito importante esta definição, já que é muito usual a figura do artista intérprete, aquele que executa uma música a qual não compôs. Assim como um ator interpreta a sua forma um texto dramático, o mesmo ocorre nas músicas. Essa diferenciação vai possibilitar que um artista obtenha proteção mesmo quando não necessariamente criou uma obra.

O termo “fonograma” é classificado como toda a fixação exclusivamente sonora dos sons de uma execução ou de outros sons, num suporte material. Observa-se que à época nem se imaginava a importância que ganharia o meio digital, já que em 1961 a música não havia sido sequer digitalizada. Assim, a existência de um fonograma estava ainda vinculada a um suporte físico determinado.

Faz parte da história dos fonogramas o papel do engenheiro de gravação, o técnico responsável por captar a música tocada e registrá-la da melhor forma. Para além do papel do engenheiro, estava a função do produtor, com um trabalho criativo maior, opinando sobre a composição das músicas e auxiliando os artistas no conceito dos álbuns. As crescentes

possibilidades de gravação comentadas no primeiro capítulo (na qual destaca-se a utilização de um número cada vez maior de canais de gravação) aumentaram as atribuições do produtor musical. Os Beatles tiveram papel importante para o aumento de importância dada a estes profissionais, ao dividir o crédito de álbuns lançados já na década de 50 com George Martin, o que marcou inclusive o surgimento de um novo tipo de produtor musical popular, como afirma Chanan (1995): “Com crescentes possibilidades de moldar o som, um produtor como Martin, que sabia o que estava fazendo, pode começar a “dirigir” os músicos; nem tanto como um regente em frente a uma orquestra, mas como se estivesse sendo feito um filme, não um álbum”¹¹.

No sentido de estender a proteção autoral a este profissional, que já podia se equiparar a um diretor de cinema, a Convenção de Roma conceituou o “produtor de fonogramas” como aquela pessoa física ou jurídica que, pela primeira vez, fixa os sons de uma execução ou outros sons. Porém, ao estender-se a figura do produtor também a uma pessoa jurídica (possivelmente uma gravadora), aumentou-se de sobremaneira o espectro de tutela. A partir daí não só o ser humano estaria protegido originariamente no que se trata de direito autoral. Além disso, o artigo 10 da Convenção ainda determina que “os produtores de fonogramas gozam do direito de autorizar ou proibir a reprodução direta ou indireta dos seus fonogramas”. Assim a figura do produtor pode até se sobrepujar à do autor, visto que a vontade deste pode ser barrada por aquele.

O conceito de “publicação”, já constante nas primeiras convenções sobre direito autoral, foi aproveitado e classificado como o ato de colocar à disposição do público, exemplares de um fonograma, em quantidade suficiente. Não é explicitado qual o critério para que se determine qual seria esta quantidade. A “reprodução” é definida como a realização da cópia ou de várias cópias de uma fixação.

O termo “emissão de radiodifusão” se aplica para a difusão de sons ou de imagens e sons, por meio de ondas radioelétricas, destinadas à recepção pelo público, enquanto a “retransmissão” é estabelecida como a emissão simultânea da emissão de um organismo de radiodifusão, efetuada por outro organismo de radiodifusão¹².

¹¹ Do original: *With increasing possibilities for moulding the sound, a producer like Martin, who knew what he was doing, could begin to “direct” the musicians; not so much like a conductor in front of an orchestra, but as if they were making a film, not a record. (CHANAN, Michael. Repeated takes: a short history of recording and its effects on music. Londres: Verso, 1995)*

¹² ROMA. Convenção Internacional para Proteção aos Artistas, Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão, de 26 de outubro de 1961.

O artigo 4, apesar de ter como foco a regulamentação do tratamento nacional por parte dos países, acaba por também estabelecer um caso em que um fonograma pode ser protegido mesmo sem a fixação em um suporte físico: “se a execução, não fixada num fonograma, for radiodifundida através de uma emissão de radiodifusão protegida pelo artigo 6 da presente Convenção”. A proteção de uma emissão de radiodifusão é mais uma forma de estender a proteção autoral para pessoas jurídicas, neste caso para os chamados organismos de radiodifusão. É uma extensão bem ampla, já que a difusão de uma obra é um processo bem distinto ao de criação.

O artigo 5, que regula o tratamento nacional específico aos produtores de fonogramas, permite aos países que adotem o critério da fixação ou publicação do fonograma como marco inicial para proteção. Esta é uma questão importante, visto que a obra, ou o produtor desta, pode ter proteção autoral mesmo antes da sua publicação.

Na esteira da Convenção Universal¹³, que previa a possibilidade de inclusão do símbolo ©, assim como o nome do autor e a indicação do ano da publicação original para o cumprimento de qualquer formalidade que pudesse ser exigida por algum país, como já referido, a Convenção de Roma faz a mesma previsão em seu artigo 11, substituindo a insígnia © por ® (a letra P dentro de uma circunferência, indicativa de *phonogram*, ou fonograma, na tradução).

O artigo 15 vai regular os limites à proteção, estabelecendo aos Estados a faculdade de autorizar a livre utilização das obras nos casos de:

¹³ A Convenção Universal sobre Direito de Autor foi aprovada em Genebra em 1952 sob administração da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) e padrões de proteção menos exigentes do que os da Convenção de Berna, que é administrada pela OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual). Seu intuito era o de “assegurar o respeito dos direitos da pessoa humana e a favorecer o desenvolvimento das letras, das ciências e das artes”, extrai-se também do preâmbulo do texto: “tal regime universal de proteção dos direitos de autor tornará mais fácil a difusão das obras do Espírito e contribuirá para a melhor compreensão internacional”. É de se destacar o intuito de respeito da pessoa, que vai além da figura do autor, e também o favorecimento a difusão das obras autorais.

Seu caráter universal se deve ao fato de que, até então, a Convenção de Berna ainda tinha um caráter fortemente europeu. O principal mote era a integração dos Estados Unidos ao sistema internacional, já que o país relutou a adotar a Convenção de Berna, pois ao contrário desta, o seu sistema não inclui direitos morais e exigia formalidades para a proteção.

Assim como a Convenção de Berna, a Universal não cita expressamente os fonogramas, tratando da proteção às “obras musicais” em seu artigo 1º. Não é o que ocorre com as obras de literatura, que possuem regras específicas relativas à tradução, previstas no artigo 5º. É surpreendente a ausência de menção aos fonogramas, dado que na década de 1950 já era um tipo de obra disseminada e com grande importância cultural. Por este motivo não faz parte do escopo deste trabalho.

uso privado; curtos fragmentos em relatos de acontecimentos de atualidade; fixação efêmera realizada por um organismo de radiodifusão, pelos seus próprios meios e para as suas próprias emissões; utilização destinada exclusivamente ao ensino ou à investigação científica. Determina também:

Sem prejuízo das disposições do parágrafo 1 deste artigo, qualquer Estado contratante tem a faculdade de prever, na sua legislação nacional de proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão, limitações da mesma natureza das que também são previstas na sua legislação nacional de proteção ao direito do autor sobre as obras literárias e artísticas. No entanto, não podem instituir-se licenças ou autorizações obrigatórias, senão na medida em que forem compatíveis com as disposições da presente Convenção.¹⁴

Resta claro que quando se trata de proteção do direito autoral, são estabelecidos pelas Convenções padrões mínimos a serem seguidos pelos países. Porém, as regras relativas à livre utilização das obras estabelecem sempre a faculdade de serem adotadas ou não. Assim, não há limites para o estabelecimento de normas protetivas, visto que inclusive é autorizado aos países, pelo artigo 22 da Convenção de Roma, o estabelecimento de acordos bilaterais, desde que aumentem a o grau protetivo estabelecido, nunca em contrário.

Em 1971 é firmada em Genebra a Convenção para a Proteção de Produtores de Fonogramas Contra a Reprodução não Autorizada de seus Fonogramas. O próprio nome da convenção demonstra que de forma relativamente rápida, apenas 10 anos depois da Convenção de Roma que instituiu juridicamente a figura dos produtores, estes já foram alçados a uma categoria quiçá mais importante que a dos próprios autores. Destaca-se de seu preâmbulo:

Os Estados Contratantes:

preocupados pela expansão crescente da reprodução não autorizada dos fonogramas e pelo prejuízo que disso resulta para os interesses dos autores, dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas;

convencidos de que a proteção dos produtores de fonogramas contra tais atos protege igualmente os interesses dos artistas intérpretes ou

¹⁴ ROMA. Convenção Internacional para Proteção aos Artistas, Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão, de 26 de outubro de 1961.

executantes e dos autores cujas execuções e obras são gravadas nos referidos fonogramas.¹⁵

Além de focar a proteção na figura do produtor, a Convenção dos Produtores de Fonogramas de Genebra demonstra também, expressamente, a preocupação com as reproduções não autorizadas das obras.

Como refere Baskerville (2006, p. 546):

A Convenção de Roma forneceu uma ampla proteção contra violação de direitos autorais; no entanto, foi elaborada num período em que a pirataria de gravações de som ainda era um problema relativamente menor para a indústria da música. Apesar de cópias não autorizadas de discos de vinil terem sido produzidos em décadas anteriores, foi a chegada do cassete compacto em 1963, que forneceu a tecnologia para a pirataria de música se tornar um grande negócio. Até o final da década de 1960, ficou claro que a pirataria e a contrafação de cassetes pré-gravadas foram se tornando endêmicas, e cresceu a pressão a partir da indústria da música e de alguns governos para um novo tratado internacional especificamente concebido para lidar com a pirataria.

O resultado foi a Convenção de 1971 para a Proteção de Produtores de Fonogramas contra a Reprodução Não-Autorizada de seus Fonogramas, conhecida resumidamente como a Convenção dos Fonogramas. Este tratado adicionou novos direitos de importação e distribuição aos já concedidos sob a Convenção de Roma. Produtores fonográficos poderiam interromper importações ilegais e tomar medidas contra os atacadistas e varejistas bem como aqueles que fabricavam cópias ilegais. A Convenção de Fonogramas ganhou a adesão de 72 países até 2003¹⁶. (tradução nossa)

¹⁵ GENEBRA, Convenção para a Proteção de Produtores de Fonogramas Contra a Reprodução não Autorizada de seus Fonogramas, de 29 de outubro de 1971.

¹⁶ Do original: *The Rome Convention provided broad protection against copyright infringement; however, it was drafted at a period when the piracy of sound recordings was still a relatively minor problem for the music industry. Although unauthorized copies of vinyl records had been produced in earlier decades, it was the arrival of the compact cassette in 1963 that provided the technology for music piracy to become big business. By the end of the 1960s, it was clear that the piracy and counterfeiting of prerecorded cassettes were becoming endemic, and pressure grew from the music industry and some governments for a new international treaty specifically designed to deal with piracy.*

The result was the 1971 Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of Their Phonograms, known more briefly as the Phonograms Convention. This treaty added new import and distribution rights to those already granted in the Rome Convention. Record producers could now stop illegal imports and take action against wholesalers and retailers as well as those who manufactured illegal copies. The Phonograms Convention gained the adherence of 72 countries by 2003.

A Convenção de Genebra acaba por reeditar a Convenção de Roma em grande parte, inserindo artigos mais específicos em relação à contrafação, que passou a ser uma preocupação com a criação do formato da fita cassete, ocorrida em 1963, como explicado na primeira seção. Ao considerar-se o tempo que levou para o cassete se popularizar, somado ao tempo que se leva para editar uma convenção deste porte, pode-se dizer que houve uma resposta jurídica relativamente rápida à possível ameaça à indústria fonográfica trazida pelo formato.

Afirma Fragoso (2009, p. 101):

Aspecto bastante sintomático é que os EUA não adotaram a Convenção de Roma, mas trataram de logo aderir e adotar esta Convenção, que visa à proteção dos produtores fonográficos contra a reprodução não-autorizada. É uma Convenção antipirataria fonográfica. Seu principal objetivo é a instituição de normas de cooperação de alcance internacional, contra a pirataria fonográfica. Com apenas treze artigos, em nada acrescenta ao já previsto pela Convenção de Roma, estabelecendo, entretanto, regras específicas no que concerne ao intercâmbio de informações de natureza legal e outras, com vistas a garantir a proteção contra os contrafatores.

Algumas novidades em relação à Convenção de Roma são a definição do termo cópia (como “um suporte que contém sons captados direta ou indiretamente de um fonograma e que incorpora a totalidade ou uma parte substancial dos sons fixados no referido fonograma”) e distribuição ao público (como “qualquer ato cujo objeto é oferecer cópias direta ou indiretamente ao público em geral ou a qualquer parte do mesmo”).

O artigo 3 da Convenção de Genebra também inova, ao indicar aos Estados a proteção mediante a outorga de direito autoral, concorrência desleal e também mediante sanções penais. A possibilidade de criminalização de uma infração a direito autoral é algo que não havia sido previsto nem na Convenção de Berna, nem na de Roma. Até então, qualquer utilização não autorizada de uma obra tinha caráter de infração civil.

Ao passo que prevê um novo escopo de punição para a contrafação, a Convenção de Genebra não evolui nas limitações ao direito autoral, pelo contrário. Enquanto a Convenção de Roma, em seu artigo 15, estabelece importantes exceções ao direito autoral (listadas anteriormente), como a utilização para uso privado, o texto de Genebra permite aos estados autorizar apenas quando “a reprodução destina-se ao uso exclusivo do ensino ou da

pesquisa científica”. Mesmo nesses casos, determina que “a licença somente será válida para a reprodução no território do Estado Contratante cuja autoridade competente outorgou a licença e não se estenderá à exportação de cópias” e “a reprodução, feita em conformidade com a licença, dará direito a uma remuneração equitativa, que será fixada pela referida autoridade, levando em conta, entre outros elementos, o número de cópias que serão realizadas”. Assim, justamente o artigo da Convenção de Roma que trata de limitações ao direito autoral (ou usos livres como é nosso entendimento) não é reeditado pela Convenção de Genebra, de forma a limitar de sobremaneira as possibilidades de livre utilização dos fonogramas.

Em 1996 a OMPI realiza uma Convenção em Genebra que resulta na assinatura de dois tratados: o Tratado da OMPI Sobre Direito de Autor (TODA) e o Tratado da OMPI Sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (TOIEF) (FRAGOSO, 2009, p. 104). Ambos até hoje não foram ratificados pelo Brasil, mas tiveram mais de 80 países signatários.

O TODA vai reconhecer em seu preâmbulo a necessidade de introduzir novas regras internacionais e clarificar a interpretação de algumas das regras existentes, a fim de fornecer soluções adequadas às questões levantadas pelos novos desenvolvimentos, tanto econômico, social, cultural e tecnológico. Além disso, reconhece também o profundo impacto do desenvolvimento e da convergência de informações e tecnologias de comunicação sobre a criação e utilização de obras literárias e artísticas. Lessig (2006, p. 115) trata do tema:

A característica mais significativa da mídia digital é que as cópias podem ser perfeitas. A mídia digital é apenas dados e os dados são apenas uma cadeia de 0's e 1's. Computadores têm complexos algoritmos para verificar que quando copiarem uma seqüência de dados, esta a cópia tenha exatamente a mesma seqüência.

Este recurso cria, assim, um novo risco para os vendedores de conteúdos. Enquanto o código (ou premissa) da tecnologia analógica de cópia era uma versão degradada do original, a premissa das tecnologias digitais significa que uma cópia pode ser idêntica ao original. Assim, a ameaça aos provedores de conteúdo, a partir de “cópias”, é maior no mundo digital do que no mundo analógico. (tradução nossa)¹⁷.

¹⁷ Original: *The most significant feature of digital media is that copies can be perfect. Digital media is just data, and data is just a string of 1's and 0's. Computers have complex algorithms to verify that when they've copied a string of data they've copied that string precisely. This feature thus creates a new risk for sellers of content. While the code of analog copying technology meant that a copy was a degraded version of the original, the code of digital technologies*

Afirma Ascensão (1997, p. 645): “O tratado sobre o direito de autor pretende exigências que vão além das da Convenção de Berna, sem, todavia, alterar esta”. Neste sentido, o artigo 1 afirma que as partes contratantes deverão dar cumprimento aos artigos 1 a 21 e ao Apêndice da Convenção de Berna. Apesar de o TODA ter, em tese, o objetivo de atualizar a proteção autoral aos novos tempos, fica claro o intuito de apenas estender o arcabouço de Berna à novas situações, como se extrai da Declaração Acordada (interpretação oficial) dada ao próprio artigo 1, alínea (4):

Aprovada declaração relativa ao artigo 1 (4): O direito de reprodução, tal como estabelecido no artigo 9º da Convenção de Berna, e as exceções previstas nessa disposição, são plenamente aplicáveis ao ambiente digital, em especial para a utilização de obras em formato digital. Entende-se que o armazenamento de uma obra protegida sob forma digital num suporte eletrônico constitui um ato de reprodução, na aceção do artigo 9º da Convenção de Berna.

Não houve a construção de novas regras, mais adequadas ao meio digital, nem para o armazenamento digital de forma mais duradoura, nem para aquele temporário, necessário para outras atividades e processos (como a manutenção de uma máquina ou mero acesso a uma página na internet) (ROFFE, 2009, p. 98)¹⁸.

O artigo 8 determina o direito exclusivo dos autores de autorizarem qualquer comunicação ao público de suas obras, em meios com ou sem fio, de forma a que o público possa acessar as obras a partir de lugar e hora por ele escolhido, de forma individual. Apesar disso, é entendido na interpretação oficial do tratado que a mera disponibilização de meios materiais para permitir ou realizar uma comunicação não constitui em si uma comunicação na aceção do Tratado ou Convenção de Berna. Este ponto é importante na medida em que, como veremos adiante, é recorrente hoje

means that a copy could be identical to the original. That means the threat to content providers from “copies” is greater in the digital world than in the analog world. (LESSIG, Lawrence. Code. Version 2.0. Nova Iorque: Basic Books, 2006, p. 115)

¹⁸ Original: *Though the Agreed Statement adds the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction, it says nothing about temporary copies, such as those made in the RAM memory of a computer, an issue that was extensively discussed during negotiations of the WCT, but did not make it into the final text. (ROFFE, Pedro. Intellectual property and the new generation of Free Trade agreements: The Agreement between Chile and the United States of America. In: Martínez-Piva, Jorge Mario. Knowledge generation and protection: intellectual property, innovation and economic development. Londres: Springer, 2009. p. 98)*

em dia o discurso de responsabilização dos provedores por conteúdo que viole direitos autorais.

Em relação às limitações e exceções ao direito autoral, o artigo 10 da TODA autoriza aos estados contratantes concedê-las em casos especiais que não conflitem com a normal exploração da obra, nem prejudiquem injustificadamente os interesses do autor, adotando a regra dos três passos, nos moldes da Convenção de Berna. Um ponto importante é o acordo entre os países:

Entende-se que as disposições do artigo 10 permitem às partes contratantes tornar extensivas em ambiente digital as limitações e exceções na sua legislação nacional leis que tenham sido consideradas aceitáveis o âmbito da Convenção de Berna. Do mesmo modo, essas disposições devem ser entendidas permitir para que as partes contratantes possam prever novas exceções e limitações apropriadas ao ambiente digital em rede.¹⁹

Este artigo, sim, possibilita aos países a adoção de medidas para adaptar as legislações nacionais ao ambiente digital. A questão é que esses possíveis usos livres das obras autorais, ao não serem descritos, deixam a cargo de governos nacionais o estímulo ao acesso às obras, enquanto que a proteção autoral fica internacionalizada. É importante destacar que o viés das convenções específicas sobre direito autoral, logicamente ou não, acaba por ser a proteção dos titulares de direito. Os parâmetros mínimos de proteção a estes devem ser cumpridos. Enquanto que as limitações a estes direitos, de forma a possibilitar um maior acesso às obras, o consagrado *fair use*, ou uso justo, são opcionais aos países, podendo ou não ser adotadas. O artigo 11 trata das chamadas TPM (*Technological Protection Measures*, Medidas de Proteção Tecnológica, na tradução). Assim como a Gestão Digital de Direitos (*Digital Rights Management* ou DRM), ou informação de gestão de direitos como citado no artigo 12, são ferramentas tecnológicas utilizadas para restringir o acesso e uso da informação digital (BUSANICHE, 2010, p. 53). Nem sempre é cumprida a ressalva trazida

¹⁹ Original: *Agreed statement concerning article 10: It is understood that the provisions of article 10 permit Contracting Parties to carry forward and appropriately extend into the digital environment limitations and exceptions in their national laws which have been considered acceptable under the Berne Convention. Similarly, these provisions should be understood to permit Contracting Parties to devise new exceptions and limitations that are appropriate in the digital network environment.*

na interpretação oficial do artigo 12 da TODA, que proíbe a utilização do sistema de gestão de direitos como imposição de formalidades não são permitidas no âmbito da Convenção de Berna ou do próprio TODA, que proibam a livre circulação de mercadorias ou dificultem o gozo de direitos já garantidos.

O Tratado Sobre Intérpretes ou Executantes e Fonogramas (TOIEF), assim como o TODA foi editado pela OMPI em 1996, sem ratificação do Brasil até hoje. Indica em seu preâmbulo uma preocupação em “introduzir novas regras internacionais que forneçam soluções para as questões levantadas pelo econômico, social, cultural e tecnológico”. Além disso, reconhece a profunda mudança proporcionada pelo desenvolvimento e a convergência das tecnologias de informação e comunicação na produção e utilização de interpretações e execuções de fonogramas. Afirma também a necessidade de equilíbrio entre os direitos dos artistas intérpretes ou executantes e os produtores de fonogramas com os interesses do público em geral, em particular em relação à educação, investigação e ao acesso a informação.

Sobre este tratado, comenta Ascensão (1997):

Em relação à Convenção de Roma de 1961, há duas principais diferenças de enquadramento a anotar:

- 1) O Tratado é exclusivamente da OMPI: a UNESCO e a OIT ficam de fora.
- 2) O Tratado respeita só a artistas e a produtoras de fonogramas: os organismos de radiodifusão ficam de fora.
- 3) Os produtores de videogramas, não obstante muitos esforços feitos, não foram incluídos.

O Tratado segue estritamente, no aplicável, o tratado sobre o direito de autor. Os direitos atribuídos aos autores são quanto possível imediatamente estendidos a artistas e a produtores de fonogramas. É uma manifestação clara da tendência, a nível internacional, de equiparar a proteção dos direitos conexos ao direito de autor.

No interior do Tratado, os direitos conferidos aos artistas são imediatamente estendidos (com repetição verbal) aos produtores de fonogramas. É manifestação de outra tendência: a de estender a meros empresários direitos que foram defendidos invocando-se a dignidade da criação intelectual e da prestação pessoal do artista.

Esta extensão encontra um limite; o aspecto pessoal. O Tratado consagra um direito “moral” do artista. Aí, já não é possível fazer a atribuição de direito semelhante ao produtor de fonogramas.

A citada extensão aos empresários dos direitos dos autores é exemplificada pelos artigos 11, 12 e 13 que reservam aos produtores gozar do direito exclusivo de autorizar a reprodução direta ou indireta, além da distribuição (ou disposição ao público) de “seus” fonogramas e o licenciamento, por qualquer procedimento ou forma. Assim, o direito de reprodução aplica-se ao ambiente digital, tal qual o meio físico. Além disso, a interpretação oficial do Tratado entende que o armazenamento de fonograma, em formato digital suporte eletrônico, constitui uma reprodução.

Em relação aos limites que favoreçam o acesso à informação citado no preâmbulo, o Tratado limita-se em seu artigo 16 a reeditar a regra dos três passos. Os artigos 18 e 19 obrigam que os estados atentem contra a violação das medidas tecnológicas de proteção e gestão de direitos (TPM e DRM), que são alvo também da TODA. Ambos os Tratados da OMPI, ao incorporarem ao direito autoral a proteção destas medidas tecnológicas, influenciaram a edição do DMCA, importante ato editado nos Estados Unidos em 1998, como aponta Lessig (2001, p. 331):

Os tratados da OMPI expandem a proteção das obras on-line, exigindo aos países que estendam as leis de direitos autorais para a Internet. Nos Estados Unidos, esta extensão tomou a forma do *Digital Millenium Copyright Act* (Ato sobre Direitos Autorais no Milênio Digital) de 1998 (DMCA), que proíbe os atos de evasão às proteções contra cópia e a importação, fabricação ou venda de tecnologias desenvolvidas basicamente para esses desvios. A violação deliberada destas disposições é objeto de sanção penal, e ambas as sanções penais e civis podem ser aplicadas aos infratores, mesmo que o uso subjacentes (intuito da suposta violação) seja privilegiado (mesmo se, por exemplo, o uso estava a cair dentro do uso justo ou *fair use*).²⁰

O DMCA foi uma normatização que ganhou relevância em todo mundo, apesar de sua aplicação, em tese, se restringir aos Estados Unidos. O que ocorre é que este país é o maior exportador de produtos culturais, par-

²⁰ Original: *The WIPO treaties expand the protection afforded to on-line works by requiring countries to extend copyright laws to the Internet. In the United States, this extension took the form of the Digital Millenium Copyright Act of 1998 (DMCA), which prohibits both acts circumventing copy protection and the importation, manufacture, or sale of technologies developed primarily for such circumvention. Willful violation of these provisions is subject to criminal penalties, and both criminal and civil sanctions may be applied to violators even if the underlying use is privileged (even if, for example, the use were to fall within traditional fair use).*

tualmente cinema e música. Além do papel de destaque quando se trata de indústria cultural, os EUA têm a prática de promover acordos bilaterais sobre direito autoral com outros países, de forma a estender sua proteção (ou até aumentá-la).

Conclui Wachowicz (2010, p. 194) que:

Os documentos internacionais do final do século XX tutelaram a propriedade intelectual conciliando interesses comerciais de um mercado de bens numa economia globalizada sem perceberem a nova realidade da Sociedade da Informação. [nota de rodapé:] Desta maneira, surgiram o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual, relacionados com o Comércio (AADPIC/TRIPs) e os Tratados da OMPI sobre direito de autor (TODA/WCT).

Percebe-se que os tratados da OMPI tiveram a mesma direção do TRIPs, editado pela OMC: regular práticas comerciais, de forma mais favorável aos produtores de conteúdo do que aos usuários. O direito autoral, ao regular até de forma criminal práticas como a remoção por usuários de travas tecnológicas inseridas nas obras, acabou por estender por demais seu alcance. Um direito que surgiu para incentivar o aprendizado, ou então o ato de criar, passou não só a garantir interesses econômicos de empresa, como também começou a servir para restringir o acesso à informação e punir justamente o público, razão pela qual as obras são criadas.

6 CONCLUSÃO

Desde a Revolução Industrial ficou clara a influência que o desenvolvimento tecnológico teria na construção histórica da sociedade. A atual realidade é caracterizada por uma quantidade imensurável de informação conectada pela rede. Este novo período, informacional, levou esta relação entre inovação e meio social a patamares muito maiores.

Neste processo revolucionário, os fonogramas, que por tanto tempo foram analisados pela ótica do suporte em que estavam inseridos, conseguiram manter sua relevância justamente ao se libertar de objetos físicos definidos. Deixaram de haver impedimentos físicos e tecnológicos para que os artistas e o público, categorias cada vez mais misturadas e indivisíveis, pudessem ser finalmente apropriados por estes, que não mais dependem

de interlocutores ou intermediários para poder se expressar e compartilhar criações.

O grande dilema que se coloca é que toda a construção do Direito Autoral partiu de premissas muito anteriores a este processo. Mesmo antes do surgimento da Sociedade Informacional, as convenções sobre o tema já estavam de certa forma ultrapassadas, visto que os seus conceitos fundamentais foram construídos com base, principalmente, nas obras literárias. Dada a importância dos fonogramas, foram construídos tratados específicos, mas o que se percebe é que apenas foram reproduzidas as bases legais do final do século XIX.

Na verdade, sob o pretexto de atualização, o objetivo dos novos tratados acabou por ser o de estender a proteção clássica a novos atores, em particular à empresas. Criou-se um quadro em que não só o autor está tutelado originariamente pelo direito autoral. A maximização da proteção tentou favorecer a manutenção de poderosos oligopólios multinacionais, que se pretendem detentores do controle da cultura. Na medida em que as tecnologias como o K7, ironicamente criadas por empresas relacionadas diretamente com as próprias indústrias culturais, começaram a furar este bloqueio, julgou-se serem necessárias mudanças no Direito Autoral, tornando-o cada vez mais restritivo, não para incentivar a criação, mas sim manter o *status quo*. O resultado foi um sistema jurídico internacional em desacordo com a nova cultura.

É difícil ignorar o fato de que o acordo TRIPs reeditou quase na integralidade o texto da Convenção de Berna, criada em 1886 e que teve sua última revisão no já distante ano de 1971, ano muito anterior não só ao avanço da internet, mas também ao processo de digitalização dos fonogramas. Além das empresas, ou produtores de fonogramas, cada vez mais se tentou a inclusão de práticas diversas da criação sob a salvaguarda do Direito Autoral. Em vez de optar pela construção de novos modelos de negócio, a indústria pressionou os Estados para darem uma maior abrangência às normas autorais, como se isso por si só fosse barrar as novas práticas de acesso aos bens intelectuais.

Percebe-se um grande incremento na proteção autoral em que os autores são muitas vezes os últimos a serem lembrados. O foco recai sobre o suporte das obras e até mesmo sobre os cadeados digitais inseridos nestas. A justifica é comercial, de valorizar o investimento em uma criação, feito sempre por uma empresa.

Desta forma, conclui-se que as modificações do Sistema Internacional de Direito Autoral não favoreceram o acesso às obras fonográficas na sociedade informacional. Pelo contrário, os fonogramas foram utilizados como pretexto para dificultar a circulação destas obras e beneficiar interesses meramente comerciais. A proteção clássica moldada no final do século XIX teve suas bases mantidas.

O Direito Autoral, da forma como está posto, é rotineiramente ignorado por grande parte da população, em especial os mais jovens, que já nasceram sob a nova perspectiva informacional. Muitos dos defensores da maximização da proteção intelectual acusam aqueles que defendem o acesso à cultura como contrários ao direito dos autores. Esta é uma grande falácia, pois justamente uma maior extensão de um sistema já muito rígido é o que tem comprometido o cumprimento das normas e colocado práticas usuais, como copiar um CD para o computador, na ilegalidade. A reforma, se não até a reconstrução, do Direito Autoral é a única forma de garantir que este seja respeitado e cumprido. Quanto mais restritivo for, mais o sistema cairá em desuso e colocará todos os atores envolvidos por ele (autores, público, intérpretes, gravadoras, entidades de arrecadação, entre outros) em constante conflito, o que poderá levar ao questionamento de sua necessidade, validade e eficácia por completo.

O Direito Autoral é importante sim, desde que seja um meio de impulsionar a criação e acesso à cultura e não um entrave, como ocorre atualmente. As garantias concedidas pelo Estado aos detentores de obras acabam por se transformar de direito exclusivo à excludente. A Sociedade Informacional permitiu um acesso às obras fonográficas sem precedentes. Não cabe ao Direito coibi-lo, mas sim regulá-lo a partir de uma visão ampla e atualizada, que não seja baseada em moldes construídos em um contexto analógico e ultrapassado.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Direito da internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade intelectual: a aplicação do acordo TRIPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BASKERVILLE, David. *Music business handbook and career guide*. 8a. Thousand Oaks: Ed. Sage, 2006.

BUSANICHE, Beatriz. *Argentina copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura*. Villa Allende: Fundación Vía Libre, 2010.

CALABRE, Lia. *A era do rádio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

CARBONI, Guilherme. *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CHANAN, Michael. *Repeated takes: a short history of recording and its effects on music*. London: Verso, 1995.

CORDEIRO, Pedro. *Limitation and exceptions under the “three-step-test” and in national legislation: differences between the analog and digital environments*. In: national seminar on the wipo internet treaties and the digital technology. Disponível em: <http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=1879>. Acesso em: 8 maio 2011.

EBOLI, João Carlos de Camargo. Os direitos conexos. *CEJ*, Brasília, n. 21, p. 31-35, abr./jun. 2003.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LESSIG, Lawrence. *Code*. Version 2.0. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

_____. *Free culture: the nature and future of creativity*. Nova Iorque: Penguin Books, 2005.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

MARTÍNEZ-PIVA, Jorge Mario. *Knowledge generation and protection: intellectual property, innovation and economic development*. Londres: Springer, 2009.

MÁXIMO, João. *A música do cinema: os 100 primeiros anos*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sergio. *Direitos autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

PERPETUO, Irineu Franco; SILVEIRA, Sergio Amadeu da. *O futuro da música depois da morte do CD*. São Paulo: Momento Editorial, 2009.

SANTIAGO, Oswaldo. *Aquarela do direito autoral: História - Legislação - Comentários*. Rio de Janeiro: Mangione, 1946.

SOLLEVELD, Coen. *Solleveld cites global standard need for cartridge industry*. Billboard, 8 abr. 1967.

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006.

STOVER, Dawn. The second coming of the digital cassette. *Popular Science*, ano 119, v. 238, n. 6, jun. 1991.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software & revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2010.

WIERZBICKI, James. *Film music: A History*. New York: Routledge, 2009.

ASPECTOS JURÍDICOS DA ENGENHARIA REVERSA DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR: UMA ANÁLISE SOBRE A SUA VIABILIDADE LEGAL NO BRASIL¹

Luca Schirru

Mestre em Inovação, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento (PPED-IE) pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito, Artes e Políticas Culturais (NEDAC). 5211.luca@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo abordar uma importante fonte de inovação que foi essencial para o desenvolvimento econômico e tecnológico de Países que hoje são referência no mercado da tecnologia: a engenharia reversa. No que se refere aos programas de computador, que serão o objeto do presente estudo, existe uma insegurança jurídica para a realização de tal prática em território nacional, verificada a inexistência de cláusula específica a respeito da viabilidade ou impossibilidade da engenharia reversa de programas de computador no Brasil. Dessa forma, e através de uma análise da legislação nacional de Propriedade Intelectual e do estudo de casos judiciais não só no Brasil como também nos Estados Unidos da América, o presente trabalho buscará ferramentas que permitam uma reflexão a respeito da viabilidade legal da engenharia reversa de programas de computador.

Palavras-chave: Propriedade intelectual. Engenharia reversa. Programas de Computador. Inovação tecnológica.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo abordar uma importante fonte de inovação que foi essencial para o desenvolvimento econômico e tecnológico de países que hoje são referência no mercado da tecnologia: a engenharia reversa.

Entretanto, a engenharia reversa, para se concretizar como uma ferramenta de incentivo à inovação e à concorrência, deve estar compreendida dentro de determinados limites, caso contrário, poderá exercer o efei-

¹ Adaptação do texto da monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Propriedade Intelectual da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito da Propriedade Intelectual sob a orientação do Professor Doutor Denis Borges Barbosa. Para obtenção do texto integral.

Contatar o autor em luca.schirru@pped.ie.ufrj.br ou 5211.luca@gmail.com

to contrário ao proposto (LEE, 2010). O mesmo fenômeno ocorre com a Propriedade Intelectual que, caso não esteja sujeita a determinados limites, poderá vir a prejudicar a inovação e a concorrência (PEREIRA, 2011).

Dessa forma, o problema enfrentado quando da escolha do tema foi a insegurança jurídica para a realização de tal prática em território nacional, verificada a inexistência de cláusula específica a respeito da viabilidade ou impossibilidade da engenharia reversa de programas de computador no Brasil. A ausência de disposição específica sobre o tema pode, inclusive, vir a permitir verdadeiros abusos de direitos na aplicação literal da lei e da interpretação restritiva e sem qualquer influência constitucional de dispositivos de leis infraconstitucionais.

Portanto, através de uma análise da legislação nacional de Propriedade Intelectual e do estudo de casos judiciais não só no Brasil como também nos Estados Unidos da América, o presente trabalho buscará apresentar ferramentas que permitam uma reflexão a respeito da viabilidade legal da engenharia reversa de programas de computador² no Brasil.

Além das fontes legislativas e jurisprudenciais, o presente trabalho se apoiará em diversos trabalhos acadêmicos sobre o tema, visando apresentar as mais distintas concepções sobre o objeto do presente trabalho na doutrina nacional e estrangeira.

Para o melhor desenvolvimento do estudo ora proposto, o presente trabalho será compreendido em três blocos. No primeiro bloco serão apresentados conceitos referentes à prática de engenharia reversa e a necessária distinção entre determinados aspectos da engenharia reversa nos setores de fabricação tradicional e na indústria de programas de computador. Ainda no primeiro bloco serão abordadas as principais formas de realização da engenharia reversa de programas de computador e os objetivos perseguidos por aqueles que se propõem a realizar tal prática.

O segundo bloco consistirá em uma apresentação dos principais aspectos analisados quando do julgamento de casos envolvendo a questão da engenharia reversa de programas de computador no Brasil e nos Estados Unidos da América. Os casos norte-americanos que serão abordados no presente estudo representam uma conhecida tríade de casos emblemáticos na indústria de games envolvendo gigantes dessa indústria como a Nintendo, Sony, Sega e Atari e trazem em seu bojo a discussão a respeito da legalidade da engenharia reversa de programas de computador.

² O presente trabalho se limitará à análise da engenharia reversa dos programas de computador protegidos sob o Direito Autoral, notadamente sob as Leis 9.609/98 e 9.610/98.

Em vista do fato de que, de maneira geral, os casos norte-americanos abordados refletem uma realidade que antecede o advento do *Digital Millenium Copyright Act* (“DMCA”), serão trazidas algumas das principais alterações impostas pelo DMCA no que concerne ao tratamento legal da engenharia reversa de programas de computador.

Ainda no segundo bloco, serão tratados os casos brasileiros que abordaram a questão da engenharia reversa de programas de computador. Essa análise será fundamental para verificação acerca da existência de um entendimento solidificado dos Tribunais nacionais sobre o tema.

O terceiro e último bloco do presente trabalho se dedicará a uma análise da legislação nacional de Propriedade Intelectual sob a ótica Constitucional com o objetivo de verificar fatores favoráveis e desfavoráveis à realização da engenharia reversa de programas de computador no Brasil. Além disso, será questionado o papel das Limitações contidas na Lei 9.609/98 no que se refere à permissibilidade da engenharia reversa de programas de computador. Por fim, serão propostos alguns parâmetros para a interpretação das disposições contidas na Legislação de Propriedade Intelectual relevantes para o estudo do presente tema.

2 A ENGENHARIA REVERSA

Antes de tratar especificamente sobre a engenharia reversa de programas de computador, cumpre, inicialmente, compreender o que vem a ser a engenharia reversa. Nas palavras de Samuelson e Scotchmer (2002, p. 1.577), a engenharia reversa pode ser conceituada amplamente como: “o processo de extração de *know-how* ou conhecimento de um artefato feito pelo homem”. Conforme bem apontado por Tigre (2014, p. 96), a engenharia reversa consiste na “reprodução funcional de produtos e processos lançados originalmente por empresas inovadoras sem transferência formal de tecnologia”.

Complementa Tigre (2014) ao esclarecer que a engenharia reversa é uma fonte de inovação interna, ou seja, realizada no interior dos setores de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) de uma empresa ou instituição de ciência e tecnologia e está diretamente relacionada à empresas e instituições que optam por uma estratégia imitativa.

O termo “imitativa” não pode ser interpretado de maneira literal pois, ao contrário do que possa ser apreendido em um primeiro momento,

a engenharia reversa não necessariamente representa uma simples cópia, ela a ultrapassa (TIGRE, 2014). Nessa mesma esteira, destaca-se o entendimento de Zieminski (2008), que denomina as empresas que adotam essa fonte de inovação como “inovadores de segunda geração”. Dessa maneira e em vista do fato que a engenharia reversa é um processo através do qual é permitido reconstruir um determinado objeto ou reproduzir um evento passado, essa prática caracteriza-se como uma verdadeira “tecnologia da reinvenção” (WANG, 2011).

Os conceitos trazidos no presente item são relevantes para o entendimento do que vem a ser a engenharia reversa. Entretanto, cumpre notar que a engenharia reversa de programas de computador apresenta algumas peculiaridades que devem ser objeto de uma análise específica.

2.1 A engenharia reversa nas indústrias de fabricação tradicional e a engenharia reversa de programas de computador

O presente item terá como objetivo apresentar algumas das principais distinções entre a prática da engenharia reversa nos setores de fabricação tradicional e a engenharia reversa de programas de computador. Adicionalmente, serão introduzidas algumas das peculiaridades inerentes a essa prática quando aplicada aos programas de computador, tema que será aprofundado no item 2.2.

2.1.1 PROTEÇÃO PELO DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Uma primeira distinção que pode ser realizada envolve o regime de proteção sob os Direitos de Propriedade Intelectual envolvidos em cada indústria. Conforme será observado abaixo, a Propriedade Intelectual no Brasil é regulada por um conjunto de leis, como a Lei 9.279/96, a Lei 9.609/98, a Lei 9.610/98, dentre outras.

Nos setores de fabricação tradicional, destacam-se os produtos e processos protegidos por Patentes e Desenhos Industriais, já no que se refere aos programas de computador, a proteção predominante é ditada pelo Direito Autoral. Dessa forma, e de acordo com Mello (2009), tal distinção é relevante, pois os efeitos dos Direitos de Propriedade Intelectual deverão ser observados setorialmente.

2.1.2 PARCELA DE KNOW-HOW CONTIDA NO PRODUTO FINAL

Um segundo aspecto que não deve ser olvidado é aquele referente à parcela de conhecimento contida em cada produto das indústrias aqui em comento quando disponibilizados em sua forma final ao consumidor.

De um lado, figura a indústria de bens tradicionalmente fabricados, onde apenas parte do *know-how* está acessível após a realização da prática da engenharia reversa. De outro, figuram os bens informáticos que, por sua vez, contêm consigo uma maior parcela de *know-how* (SAMUELSON; SCOTCHMER, 2002).

Esse segundo aspecto possui relação direta com a implicação da permissibilidade ou não da engenharia reversa em ambas as indústrias³. Para uma melhor exemplificação do que foi exposto, ressalta-se aqui o entendimento de Mello (2009, p. 388), ao afirmar que “a parcela de conhecimento embutida numa inovação é, em princípio, um fator que facilita a imitação, uma vez que o potencial imitador não precisa incorrer nos mesmo gastos do inovador para chegar ao mesmo resultado.”

2.1.3 OBJETIVOS

O último aspecto que será abordado antes da análise da engenharia reversa de programas de computador consiste nos objetivos perseguidos quando da realização da prática da engenharia reversa. Nas indústrias de fabricação tradicional, a engenharia reversa é comumente praticada com o objetivo de desenvolver produtos concorrentes (EILAM, 2005; SAMUELSON; SCOTCHMER, 2002; TIGRE, 2014; WANG, 2011). No que tange aos programas de computador, a engenharia reversa é realizada com múltiplos objetivos além do desenvolvimento de produtos concorrentes, dentre eles: interoperabilidade, razões de segurança, estudo das funcionalidades, etc.

³ Em Andersen (2004, p. 7): “*The essential issue is the rate by which new ideas spread (i.e. the rate of imitation and catching up): the faster the speed, the more protection is needed to ensure reward, and the slower the speed, the less IPR protection is needed to ensure reward. Large rewards from the innovator’s head-start can especially be obtained without IPR protection when the inventor experiences increasing return dynamics and ‘lock-in to their particular technological trajectories’. This can happen by random events or due to strategic corporate interaction in markets for ideas (see Andersen (2003) in section 4.1).*”

2.2 A engenharia reversa de programas de computador

Realizadas as considerações necessárias à importância do estudo da prática da engenharia reversa de programas de computador como uma prática distinta da engenharia reversa em indústrias de fabricação tradicional, cumpre agora conceituar essa prática, apresentar as formas pelas quais se pode dar a engenharia reversa de um determinado programa de computador, bem como apresentar as suas peculiaridades no que concerne aos objetivos que motivam empresas e instituições a perpetrar tal prática.

2.2.1 CONCEITO

Recebe atenção do presente estudo o conceito trazido por Canfora, Cerulo, Penta (2011, p. 142) ao entender que a engenharia reversa de programas de computador constitui um “termo amplo que engloba um conjunto de métodos e ferramentas para obter informações e conhecimento de programas de computador existentes e aproveitá-los em processos de engenharia de programas de computador”⁴.

Nessa mesma esteira, Linhoff (2004, p. 211), ao abordar os casos que envolveram engenharia reversa na indústria de *games*, aponta que a engenharia reversa se traduz em uma “técnica amplamente utilizada na indústria para entender e melhorar o trabalho de terceiros”.

Na doutrina nacional, destacam-se os estudos de Barbosa (2010) e Santos (2008) sobre o tema. Santos (2008, p. 385) conceitua a engenharia reversa nos programas de computador como a “obtenção do código fonte de um programa de computador, que não está disponível, a partir do código objeto, que é acessível, embora de modo controlado”.

As definições trazidas ao presente estudo por Linhoff (2004), Santos (2008) e Canfora, Cerulo, Penta (2011) complementam-se na medida em que abordam diferentes aspectos sobre a engenharia reversa de programas de computador. Sendo assim, de maneira resumida e com base nos entendimentos trazidos acima, entende-se que a engenharia reversa de programas de computador constitui-se em uma técnica amplamente utilizada na indústria de programas de computador que, por meio de diversos

⁴ Tradução livre do trecho: “*Software reverse engineering is a broad term that encompasses an array of methods and tools to derive information and knowledge from existing Software artifacts and leverage it into Software engineering processes*” (CANFORA; CERULO; PENTA, 2011, p. 142)

métodos e ferramentas, visa à obtenção do código fonte de um programa de computador com o objetivo de estudar, entender e, sempre que legalmente permitido, aproveitar as informações e conhecimentos existentes em um determinado programa de computador.

2.2.2 FORMAS DE REALIZAÇÃO

Santos (2008) destaca que a engenharia reversa pode ser realizada mediante a decompilação (*disassembly*) e análise funcional do programa. Fitzgerald et al. (2001), em uma abordagem mais técnica, listam uma série de processos e ferramentas que podem ser utilizados para a realização da engenharia reversa, quais sejam: Desmontagem (*Disassembly*), Decompilação (*Decompilation*), Emulação (*Emulation*) e Tradução Binária (*Binary Translation*). Não obstante a existência de múltiplas formas de realização da engenharia reversa de programas de computador, as práticas mais citadas na literatura são a (i) desmontagem e a (ii) decompilação.

Segundo Fitzgerald et al. (2001), a desmontagem geralmente tem sido utilizada para propósitos de interoperabilidade e correção de erros e consiste no processo de tradução do código-objeto em código-*assembly*. Já a decompilação seria o processo inverso da compilação, ou seja, a nova tradução do código objeto para o código fonte (FITZGERALD et al., 2001). De acordo com o estudo de Fitzgerald et al. (2001), a decompilação compreenderia, portanto, diversas etapas, como: desmontagem do código-objeto em código-*assembly*, análise do código-*assembly*, recuperação de informações de alto nível do código-*assembly* e geração do código-fonte.

2.2.3 OBJETIVOS

Diversos são os objetivos visados por aqueles que realizam a engenharia reversa de programas de computador. Ao contrário do que pode ser observado nas indústrias de fabricação tradicional, a prática da engenharia reversa de programas de computador não tem como objetivo mais reconhecido o desenvolvimento de produtos concorrentes (EILAM, 2005).

Dentre os objetivos pelos quais são realizados os processos de engenharia reversa na indústria dos bens de informação estão: as medidas de segurança, tal como o desenvolvimento de programas antivírus (EILAM, 2005); recuperação de informações (WANG, 2011); recuperação de arqui-

teturas, padrões de design e redocumentação de programas e bases de dados (CANFORA; CERULO; PENTA, 2011).

Entretanto, um dos principais objetivos para a realização da engenharia reversa de programas de computador, e que será objeto de análise quando da apresentação do *caselaw* norte-americano e dos aspectos referentes às limitações na Lei 9.609/98, é a interoperabilidade, apontada por Samuelson e Scotchmer (2002) como o objetivo economicamente mais relevante para a realização da engenharia reversa e que consiste no aprendizado das informações necessárias para o desenvolvimento de um programa compatível com o programa estudado.

3 A ENGENHARIA REVERSA DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR: UMA ANÁLISE DE CASOS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

3.1 A engenharia reversa de programas de computador nos Estados Unidos da América – uma análise dos principais casos da indústria de games

O presente item se dedicará à análise de alguns casos concretos de grande importância para o estudo das implicações legais da prática de engenharia reversa de programas de computador. A escolha pela análise de casos da indústria de *games* se deu pelo papel essencial da engenharia reversa no desenvolvimento dessa indústria, que, ao permitir acesso às plataformas padrão por pequenas e médias empresas e o estudo e aprimoramento de trabalhos anteriores, garantiu uma maior competição dentro do mercado de *games* (LINHOFF, 2004).

Pela natureza complexa dos *games*, que envolvem não só programas de computador em si, mas também efeitos sonoros, coreografias, *design*, *hardware*, dentre outros elementos (LINHOFF, 2004), bem como pelo fato de que tais disputas judiciais trazem à tona diversas discussões sobre as mais variadas matérias de propriedade intelectual, direito processual e questões econômicas, a análise e a discussão aqui propostas se restringirão apenas à questão da engenharia reversa e o impacto da proteção autoral sobre os programas de computador em si.

É bem verdade que hoje em dia o arcabouço legal sobre o tema não permite uma interpretação a respeito da viabilidade legal da engenharia reversa de acordo com a discussão trazida perante os tribunais norte-a-

americanos no início da década de 90. Não obstante, por parecer mais acertada no sentido em que privilegia um equilíbrio entre a proteção e o acesso, cumpre ao presente estudo resgatar algumas das concepções trazidas quando da análise dos casos em questão.

Ao final desse item, será realizada uma reflexão sobre esses casos que antecedem o DMCA e o tratamento da engenharia reversa pela legislação norte-americana. Além disso, serão apresentadas as posições da literatura especializada a respeito das principais mudanças trazidas pelo DMCA, bem como os seus comentários sobre a tendência que poderá ser observada dos julgados futuros no que concerne à engenharia reversa de programas de computador.

3.1.1 UMA ANÁLISE DOS CASOS NINTENDO VS. ATARI⁵, SEGA VS. ACCOLADE⁶ E SONY VS. CONNECTIX⁷

Em vista do fato de que o objeto do presente estudo não se restringe à análise dos casos norte-americanos envolvendo empresas da indústria de *games*, o presente item compreenderá alguns dos principais entendimentos trazidos dos julgados dos casos em epígrafe.

No caso *Nintendo vs. Atari*, a Corte de Apelação entendeu que o autor não pode pretender uma proteção digna de patente para uma ideia, processo ou método de operação aplicada em formatos ininteligíveis e pleitear violação de direito autoral contra aqueles que buscam entender tal ideia, processo ou método (RADER, 1992). Segundo a *Copyright Act*, um indivíduo em posse legítima de uma obra para aplicar os esforços necessários para entender as ideias, processos e métodos de operação por trás da obra, caracterizando assim uma exceção *fair use* do direito de exclusiva (RADER, 1992). Entretanto, o *fair use* aqui em comento deve-se limitar apenas ao estritamente necessário para compreender os elementos não passíveis de proteção da obra, não podendo ter como objetivo a exploração comercial da expressão passível de proteção pelo Direito Autoral (RADER, 1992).

Em *Sega vs. Accolade*, destaca-se o entendimento de Reinhardt (1992) que assevera que se a desmontagem for o único modo de acesso

⁵ Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc. U.S. Court of Appeals, Federal Circuit. September 10, 1992. 975 F.2d 832, 24 USPQ2D 1015

⁶ Sega Enterprises Ltd. v. Accolade Inc. U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit. October 20, 1992. 977 F.2d 1510, 24 USPQ2d 1561

⁷ Sony Computer Entertainment v. Connectix Corp., 203 f.3d 596 (9th cir. 2000)

aos elementos do código que não são passíveis de proteção pelo Direito Autoral e o responsável por essa prática a realize por motivos legítimos, estaria configurado o uso justo e, portanto, permitida a prática de engenharia reversa de *software*. MacCulloch (1994), por sua vez, aponta que a decisão do Tribunal de Apelação no caso *Sega vs. Accolade* encoraja a prática supostamente violadora de engenharia reversa.

Um dos pontos levantados por MacCulloch (1994) seria a discordância com o entendimento da Corte de Apelação Norte-Americana no que se refere ao impacto no mercado de *games*. Prossegue o autor (MACCULLOCH, 1994) ao questionar a razão da *Sega* ter de manter seu console compatível com produtos de outras empresas desenvolvedoras de jogos, sugerindo que tal questão fosse decidida pelo mercado, através da oferta e da demanda.

Finaliza MacCulloch (1994) afirmando que a permissibilidade da engenharia reversa reduziria o incentivo à criação de novos programas, o que diminuiria o número de jogos disponíveis no mercado. Entende o autor (MACCULLOCH, 1994) que sem a proteção do Direito Autoral, o fabricante teria menos incentivos para desenvolver novos produtos, pois qualquer um poderia copiar um determinado produto sem necessariamente ter de pagar por isso.

No que se refere ao caso *Sony vs. Connectix*, o referido caso se distingue dos dois casos tratados acima pelo fato de que enquanto no caso *Nintendo v. Atari*, a Atari adquiriu o código fonte de maneira fraudulenta, no caso *Sony vs. Connectix* a Connectix adquiriu produtos originais da *Sony* para prosseguir com a prática da engenharia reversa. Por outro lado, nos demais casos, o produto desenvolvido a partir da engenharia reversa não representava uma alternativa ao consumidor no que se refere ao console, isto é, o consumidor deveria adquirir o console *NES* ou *Mega Drive* para jogar os *games* desenvolvidos tanto pela Atari quanto pela Accolade. No presente caso, não era necessária a aquisição de um console *Playstation* para o aproveitamento dos jogos da *Sony*.

Tal como nos casos anteriores, o Tribunal entendeu que as cópias intermediárias incorridas pela Connectix tinham como propósito necessário o de acessar elementos não protegidos pelo Direito Autoral do *Software* da *Sony*, caracterizando-se, assim, como um ato de *fair use*, inclusive citando o entendimento incorrido no caso *Sega* (CANBY, 2000).

No que se refere ao caso *Sony vs. Connectix*, cumpre ressaltar a visão de Karas (2001) sobre os possíveis impactos econômicos da decisão do

caso *Sony vs. Connectix*. Nesse caso, Karas (2001) faz uma breve comparação com os dois outros casos da tríade ao afirmar que no caso Atari o programa “*Rabbit*”, desenvolvido a partir da engenharia reversa do sistema de segurança da *Nintendo*, se limitava apenas a destravar o *software* desenvolvido pela *Nintendo* para permitir à Atari o desenvolvimento e produção de *games* compatíveis com a plataforma *NES*, bem como no caso *Sega*, a Accolade também atuava no desenvolvimento de *games* e as suas atitudes foram com o objetivo de permitir a entrada de *games* desenvolvidos por sua empresa no mercado anteriormente dominado pelos jogos desenvolvidos pela própria *Sega*. Ou seja, em ambos os casos não existia realmente o risco de uma substituição do produto original – o que, por sinal, pode ser uma aplicação de um emulador - e sim uma complementação do mercado (KARAS, 2001).

Dessa maneira, a crítica de Karas (2001) é no sentido de que o presente caso debatia uma questão nunca debatida antes: a questão dos emuladores e que, portanto, o tratamento dado pela Corte do Nono Circuito deveria ser de acordo com a característica do emulador, qual seja, garantir ao seu usuário um console alternativo para permitir o uso de *games* desenvolvidos para funcionar em um *Playstation*.

Dessa forma, ao mesmo tempo que os consumidores seriam beneficiados com a disponibilização de uma plataforma alternativa para jogar *games* desenvolvidos para o *Playstation*, a *Sony* poderia ter suas vendas prejudicadas pelo fato de que é improvável que um consumidor adquira um console *Playstation* em adição ao seu *software* VGS (KARAS, 2001).

3.1.1.1 Conclusão

O que se pôde observar dos casos acima, e conforme bem colocado por Linhoff (2004, p. 213), foi que os casos julgados envolvendo empresas da indústria de *games* e que foram anteriores ao DMCA permitiam a engenharia reversa dos programas de computador sob a doutrina do *Fair Use*⁸.

Linhoff (2004) contribui para a análise do impacto desses casos no entendimento da viabilidade legal da engenharia reversa ao destacar que

⁸ Em LINHOFF (2004, p. 213): “Before the DMCA, copyright’s fair use doctrine allowed for reverse engineering. Copyright protects “original Works of authorship fixed in any tangible medium of expression” but does not protect ideas, procedures, processes, or methods of operation. Thus, although copyright protects the fixed source code and the fixed object code, it does not protect the functional aspects of a computer program.”

as decisões dos casos supramencionados contribuíram para o equilíbrio entre o direito de acesso de terceiros mediante a engenharia reversa e o direito exclusivo do titular de Direitos Autorais. A análise de Linhoff (2004) levou em consideração, notadamente, dois fatores que merecem destaque no presente trabalho, quais sejam: (i) os fabricantes têm a opção de controlar o custo da engenharia reversa⁹ e (ii) a engenharia reversa promove a concorrência no mercado ao permitir o acesso as plataformas¹⁰.

Ainda, foi observado que os casos acima expostos contribuíram para a definição de algumas diretrizes básicas para a verificação da legitimidade da prática da engenharia reversa como um ato de *fair use* em um período Pré-DMCA. Para tanto, cumpre expor o entendimento de Karas (2001, p. 38):

Assim, os casos prévios de engenharia reversa estabelecem os seguintes princípios: (1) o réu só pode copiar a quantidade mínima necessária para entender o produto; (2) o réu deve ter uma razão legítima para fazer engenharia reversa do software; (3) o réu deve legalmente obter a cópia do trabalho do autor; e (4) a desmontagem deve ser o único caminho razoável para ter acesso às ideias contidas no software¹¹.

Os entendimentos das cortes norte-americanas privilegiavam o acesso, o desenvolvimento tecnológico e a inovação no setor de *videogames*, o que acabou por incentivar as empresas do ramo na adoção de outras medidas de proteção de seus produtos, como o requerimento de patentes de *software* e a adoção de licenças *shrinkwrap* (KARAS, 2001).

⁹ No que se refere ao item (i), Linhoff (2004) ressalta as medidas tecnológicas desenvolvidas pela Nintendo e pela Sega para evitar que seus produtos fossem objetos de engenharia reversa e afirma que os fabricantes têm controle sobre o desenvolvimento dessas medidas e da sua complexidade, o que implicará, necessariamente, em uma maior complexidade e altos custos na realização de eventual engenharia reversa. Dessa forma, segundo o autor, a proteção legal contra a engenharia reversa seria redundante.

¹⁰ O item (ii) ressalta a importância do acesso por outras empresas, argumentando que bloquear a prática de engenharia reversa seria bloquear o mercado, afastando a criatividade e mitigando a inovação e a concorrência, ambas benéficas ao consumidor (LINHOFF, 2004).

¹¹ Tradução livre do trecho: “Accordingly, prior reverse engineering cases establish these principles: (1) the defendant may only copy the minimum amount necessary to understand the product; (2) the defendant must have a legitimate reason to reverse engineer the Software; (3) the defendant must lawfully obtain the copy of the plaintiff’s work; and (4) disassembly must be the only reasonable way to gain access to the ideas contained in the Software.”, retirado de KARAS (2001, p. 38).

De maneira geral, o que se conclui a partir do que foi exposto, principalmente a partir dos entendimentos de Linhoff (2004) foi que o equilíbrio entre a engenharia reversa e os Direitos Autorais era sadio antes do DMCA (LINHOFF, 2004), o que não persistiu após a entrada em vigor do referenciado diploma legal.

3.1.2 O ADVENTO DO DMCA

O *Digital Millenium Copyright Act* (“DMCA”) teve como objetivo não só a implementação de previsão contida no *World Intellectual Property Organization Copyright Treaty* (WCT) contra a superação das medidas tecnológicas aplicadas a produtos contendo um conteúdo passível de proteção autoral, mas foi o resultado de anos de esforços por parte do governo norte-americano em definir como os titulares de direitos autorais deveriam lidar com o advento da internet (LEE, 2006).

Conforme bem apontam Samuelson e Scotchmer (2002), o DMCA surge como uma resposta aos receios da indústria de conteúdo passíveis de proteção pelo Direito Autoral, dada a fácil e barata reproduzibilidade de seu conteúdo digital. Entretanto, como bem apontado pelas referidas autoras, as regras contra o ato de burlar uma determinada medida tecnológica ultrapassaram os limites do necessário para garantir tal proteção¹².

Como bem aponta Burk (2002), o DMCA cria um direito nunca antes visto para controlar o acesso a obras protegidas pelo Direito Autoral¹³. Expõe o autor (BURK, 2002) que as medidas tecnológicas dificultam o acesso não autorizado, entretanto, apenas a tecnologia não garantiria o controle completo do conteúdo. Para tanto seria necessária a implemen-

¹² Dentre os possíveis danos advindos de tais cláusulas, Samuelson e Scotchmer (2002, p. 1.637) destacam as seguintes: “Em particular, as regras podem indevidamente colidir com usos justos e outros usos não infringentes de conteúdo digital, sobre a concorrência dentro da indústria de conteúdo, sobre a concorrência no mercado de medidas técnicas e, sobre a criptografia e pesquisa de segurança de computadores”*. *Tradução livre do trecho: “*In particular, the rules may unduly impinge on fair and other non-infringing uses of digital content, on competition within the content industry, on competition in the market for technical measures, and on encryption and computer security research.*” Retirado de Samuelson; Scotchmer (2002, p. 1.637).

¹³ A distinção entre o direito de acesso e o direito autoral é observada por Linhoff (2004) ao analisar o caso *Universal City Studios v. Reimerdes* (111, f. Supp, 2ª ed. 294), onde a defesa baseada em *fair use* falhou, pois é uma defesa relacionada à violação de Direitos Autorais e, no referido caso, estava sendo abordada a violação de uma norma específica do DMCA a respeito de medidas tecnológicas.

tação de normas legais para, através da combinação dos fatores técnicos e legais, os titulares de direitos autorais terem a possibilidade de exercer o controle máximo sobre o conteúdo, haja vista que um mecanismo (legal e tecnológico) complementar o outro (BURK, 2002).

Dessa forma, o DMCA não só cria um novo direito exclusivo – o direito exclusivo de acesso- mas um direito exclusivo que ultrapassa os limites dos Direitos Autorais a conceder uma exclusividade a conteúdos não merecedores, seja por estarem em domínio público, seja pelo fato de que a sua própria natureza e o seu uso caracterizarem a impossibilidade de exclusão de uso pela coletividade. Além disso, e ainda baseando-se nos estudos de Burk (2002), esse novo direito exclusivo, ao contrário do Direito Autoral, não está limitado a um determinado período de tempo. Ou seja, mesmo que o conteúdo protegido por uma medida tecnológica venha a ingressar no domínio público, este não poderia ser acessado caso fosse necessária a superação de uma medida tecnológica.

Conforme bem apontado por Zieminski (2008), enquanto sob a decisão no caso *Sega vs. Accolade* a engenharia reversa era possível quando (i) necessário o acesso a informações contidas num *software* e não protegidas pelo Direito Autoral e (ii) existe um propósito legítimo para tal prática, sob o DMCA as possibilidades se demonstram mais restritas, ou seja, a engenharia reversa de programas de computador só seria possível quando (i) utilizada para identificar e analisar (ii) elementos relacionados à interoperabilidade entre programas (iii) para o propósito de se atingir a interoperabilidade (iv) sem cometer qualquer violação de direito autoral durante a identificação e análise.

Linhoff (2004) prevê que o advento do DMCA irá prejudicar a concorrência e a inovação, principalmente na indústria de *games*. O referido autor (LINHOFF, 2004) ressalta que ao alterar o tratamento às práticas de engenharia reversa, o DMCA descarta o equilíbrio entre os direitos dos titulares de direitos autorais, o *fair use* e a competitividade.

Ao discorrer a respeito dos efeitos do DMCA sobre as práticas de engenharia reversa, Linhoff (2004) ressalta a dificuldade e a nocividade do DMCA ao não definir o que acontece quando uma tecnologia *anticircumvention* é aplicada para controlar o acesso a uma matéria não passível de proteção pelo Direito Autoral.

A Doutrina nacional observou de maneira similar os possíveis efeitos do DMCA sobre a concorrência e a inovação, conforme estudando em Andrade et al. (2007, p. 42-43):

O artigo 1.201 gerou muitas críticas diante de suas consequências negativas para a difusão do conhecimento na sociedade. Alega-se que ele inibe a pesquisa científica e a livre expressão de ideias; restringe a capacidade de inovação e competitividade; coloca em risco a figura do fair use e dá direito ao distribuidor do conteúdo digital de limitar os mecanismos de acesso à informação sob o pretexto de controlar as cópias. Além destes efeitos negativos a doutrina altera substancialmente a correlação de forças entre os proprietários e usuários de software, pois os proprietários garantem para si o total poder de decisão sobre o desenvolvimento tecnológico digital.

Baseado no que foi acima exposto, bem como a alta restrição da exceção de engenharia reversa contida no DMCA, parece acertado o entendimento de Linhoff (2004) ao entender que tais fatores contribuirão para um desequilíbrio entre os direitos dos titulares de Direitos Autorais, o *fair use* e a competitividade no mercado de *games*.

3.2 A engenharia reversa de programas de computador de acordo com a jurisprudência nacional

Os precedentes judiciais nacionais sobre a engenharia reversa de programas de computador ainda são poucos e não parecem ter enfrentado ainda legalidade da engenharia reversa de programas de computador de maneira direta, como principal aspecto da lide.

Com o objetivo de não extrapolar o tema do presente trabalho, que é a engenharia reversa de programas de computador protegidos pelo Direito Autoral, os resultados referentes aos casos que envolvem engenharia reversa de medicamentos, bem como de produtos passíveis de proteção por patente, não serão abordados no presente item.

A busca jurisprudencial se deu através de pesquisa nos *websites* dos Tribunais de Justiça dos vinte e seis estados, bem como no *website* do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ainda, foram pesquisadas jurisprudências de Tribunais Federais, como é o caso do STF, STJ, TRF1, TRF2, TRF3, TRF4, TRF5, TNU, TRU e TR. O critério de busca foi a expressão “engenharia reversa”, e quando solicitados períodos específicos para a pesquisa, foi selecionado o período compreendido entre 1998 e 20 de agosto de 2014.

Realizadas as considerações introdutórias e aqueles referentes à metodologia adotada na pesquisa jurisprudencial, cabe agora comentar alguns

julgados selecionados e que contribuem para a discussão a respeito da viabilidade legal da engenharia reversa de programas de computador.

Inicialmente, chama-se atenção à Apelação Cível 70050795517/2012, julgada pela Sexta Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, onde figuravam como Apelante a Mflp Virt Informática Ltda e como apelados Comercial Unida de Cereais Ltda e Unidasul Distribuidora Alimentícia S.A.

O caso não aborda a engenharia reversa de programas de computador de maneira direta, tendo sido essa prática mencionada apenas no laudo pericial, onde, mesmo não sendo o papel do perito, que, no presente caso, deveria ser um *expert* em tecnologias da informação, o mesmo se posicionou a respeito do amparo legal dado à prática da engenharia reversa ao afirmar que a mesma só é legalmente viável quando verificado no novo programa desenvolvido que as funcionalidades são as mesmas, mas os códigos usados para obter tais funcionalidades são diferentes.

Ainda, tal laudo pericial busca, mesmo que de forma resumida, conceituar a prática da engenharia reversa que, de acordo com o exposto pelo perito, poderia ser sintetizada como: o desenvolvimento de programas semelhantes, a partir de uma funcionalidade contida no programa original¹⁴, que cumprissem com as mesmas finalidades e ideias do programa original a partir de uma linguagem de programação diversa.

O que se depreende do presente caso então é que a engenharia reversa seria legalmente viável quando o programa desenvolvido a partir da referida prática, mesmo que demonstre aspectos funcionais semelhantes ou idênticos, é dotado de código distinto daquele utilizado no programa original.

Não obstante o fato de que tais critérios podem, em um primeiro momento, ser considerados como válidos, haja vista que a legislação relativa à proteção de programas de computador protege a expressão e não as ideias contidas no mesmo, o presente caso não tratou de outros aspectos relevantes, como o aspecto concorrencial, a superação de eventuais medidas tecnológicas, a reprodução necessária para a realização da engenharia reversa, dentre outros fatores que serão abordados no presente trabalho.

No Agravo Interno n. 70018574517/2007, julgado pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul –

¹⁴ Aqui o termo “original” foi adotado para fazer referência ao programa que foi objeto da engenharia reversa e não aquele desenvolvido a partir do conhecimento obtido a partir da referida prática.

Comarca de Porto Alegre – a questão da engenharia reversa de programas de computador foi novamente abordada de maneira indireta, haja vista que o objeto da ação era referente a uma obrigação de não fazer relacionada a temática societária e não propriamente de propriedade intelectual.

Nessa oportunidade, o perito do caso contribuiu para o estudo da engenharia reversa de programas de computador ao buscar conceituar tal prática como “o processo de reproduzir alguma coisa, no caso em lide um sistema de informática, com as mesmas funcionalidades de um sistema já existente, porém com técnica e aparência diversa do original”.

Ainda, mesmo que de maneira implícita, estabelece uma distinção entre o conceito de cópia e o conceito de produtos desenvolvidos a partir da engenharia reversa, que, como bem mencionado pelo perito do caso, envolvem trabalho e investimento por parte do profissional comprometido com esta prática. Por outro lado, o perito atribuiu ao programa desenvolvido a partir do conhecimento gerado pela engenharia reversa o caráter de “cópia funcional”, dada as suas similaridades funcionais com o programa original.

Outro caso que merece destaque é a Apelação Cível 9175910-49.2004.8.26.0000 da Comarca de São Paulo, tendo como apelantes e reciprocamente apelados Hub System Software S/C Ltda e Outros e Netsuper S/A.

A contribuição desse caso para a engenharia reversa de programas de computador se deu através da análise do caso pelo Relator Galdino Toledo Júnior, que se posicionou da seguinte forma:

Ao que se conclui, portanto, a análise funcional do programa é sempre permitida, ainda que para a construção de novo programa semelhante, sendo vedada apenas a recompilação do código binário a partir da fonte decodificada, esta sim, como visto, objeto de proteção.

Não obstante a alegação de uma das partes sobre a prática de engenharia reversa por terceiro, não foi observado pelo perito competente do caso em questão qualquer indício da prática de engenharia reversa de programa de computador, o que, para o presente trabalho teria sido de grande valia, pois seria uma oportunidade de se discutir a legalidade dessa prática e os seus limites.

Mesmo sem ter analisado a questão da engenharia reversa propriamente dita, o presente caso contribui para a discussão sobre a viabilidade legal da engenharia reversa de programas de computador ao entender que

a análise funcional do programa é permitida, mas que a recompilação do código binário (ou código-objeto) a partir de uma fonte decodificada seria vedada.

Cabe a reflexão a respeito da implicação desse entendimento no que se refere à decompilação. Isto é, ao mencionar que a recompilação, ou seja, uma nova compilação, do código-fonte em código-objeto estaria vedada, pressupõe-se que a análise funcional ali é possível graças a um processo de decompilação anterior ou outro processo que consistiu em permitir acesso ao código-fonte de determinado programa.

Dessa forma, ao permitir a análise funcional do programa de computador, estaria permitida então, e quando necessária, a decompilação do código-objeto para se chegar ao código-fonte para, então, se proceder à análise das funcionalidades do programa de computador.

Ainda de acordo com a interpretação acima proposta, podemos entender o uso do trecho: “sendo vedada apenas a recompilação do código binário a partir da fonte decodificada” como um novo ato de compilar aquele código – anteriormente decompilado para fins de acesso ao código-fonte – em código binário com o objetivo de desenvolver programas semelhantes. A hipótese aqui seria de uma verdadeira reprodução do código-fonte do programa original para o desenvolvimento de programa semelhante ou disponibilização no mercado de cópia servil.

Dessa forma, e apesar da forma sintética como foi tratada a engenharia reversa, o presente caso em muito contribuiu para a discussão aqui proposta, apontado para a permissibilidade legal da decompilação e análise funcional de um programa de computador, ainda que para fins de desenvolvimento de programas semelhantes.

O próximo caso que será abordado é a Apelação Cível 512.130-4, julgada pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná onde figuravam como apelantes Cristiane Ferreira Monteiro Brito, Ricardo Andrade Brito e Carlos Eduardo Brito Borges, sendo apelados AIS Automação Industrial Software Ltda. e APIS Tecnologia da Informação Ltda. ME.

Como se pôde observar do voto do Desembargador Relator Guimarães Costa, os autores da ação alegam que houve violação de direitos autorais sobre o programa de computador denominado “Sistema APIS” por conta dos requeridos, que desenvolveram e utilizam o programa de computador denominado “Sistema SAIF”.

O Des. Relator entendeu que o fato de se utilizar de um programa criado anteriormente para o desenvolvimento de outro programa configura a violação de direitos autorais, ainda que não constatada a engenharia reversa. Afirma, ainda, o Des. Relator que a proteção do direito autoral do *software* vai além da proteção ao código-fonte, valendo-se da interpretação sistemática do artigo 2º da Lei 9.609/98 e do artigo 28 da Lei 9.610/98, destacando que não houve autorização pelos titulares do programa original para o desenvolvimento de outro programa.

No que tange à violação do *software*, destaca finalmente que, de acordo com o laudo pericial, as semelhanças verificadas não se restringiram às características funcionais ou observância de preceitos normativos e técnicos, ou da limitação de forma alternativa para a expressão, afastando, portanto, a aplicação do disposto no artigo 6º da Lei 9.609/98.

Não obstante a decisão proferida no presente caso, cumpre aqui refletir a respeito de alguns aspectos tratados no julgamento da lide. Primeiramente, cumpre refletir a respeito do entendimento do Des. Relator no que se refere a utilização de um programa criado anteriormente para o desenvolvimento de outro programa. Conforme verificado no na Apelação Cível 9175910-49.2004.8.26.0000 da Comarca de São Paulo, seria permitida a análise funcional de um programa de computador para a o desenvolvimento de programas semelhantes, não havendo, portanto, violação de direito autoral na hipótese onde não existisse recompilação da fonte decodificada em código binário.

Dessa forma, o termo “utilização” deve ser questionado de maneira a compreender qual tipo de utilização configura uma violação aos direitos autorais do programa anteriormente criado e qual utilização não representa uma violação a tais direitos.

Ainda, afirmou o Des. Relator que a proteção do direito autoral do *software* vai além da proteção ao código-fonte, valendo-se da interpretação sistemática do artigo 2º da Lei 9.609/98 e do artigo 28 da Lei 9.610/98, destacando que não houve autorização pelos titulares do programa original para o desenvolvimento de outro programa.

Nesse ponto, cumpre destacar o entendimento de Barbosa (2010) que será abordado no terceiro bloco, de que a engenharia reversa se constituiria como uma limitação ao direito exclusivo do titular do programa de computador, não havendo, portanto, necessidade de autorização do mesmo para a realização de engenharia reversa, desde que necessária ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

O último caso que será abordado no presente estudo será a Apelação Cível 0149214-47.2009.8.26.0100 julgada no ano de 2014 pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Comarca de São Paulo, onde são partes a Spinelli S/A Corretora de Valores Mobiliários e Câmbio (Apelante) e Banif Corretora de Valores e Câmbio S/A (Apelada).

Na oportunidade de analisar a questão levantada sobre eventual ilegitimidade da prova pericial, o Tribunal transcreveu parte do laudo pericial que versa sobre a engenharia reversa de programas de computador, conceituando a engenharia reversa como “procedimento utilizado para conhecer o funcionamento ou lógica de um programa (no caso de um *software*)” e afirma, ainda que a engenharia reversa “não é sinônimo de pirataria, de cópia ilegal ou qualquer coisa nesse sentido, principalmente quando sua finalidade é experimental ou está relacionada a estudos, pesquisas científicas ou tecnológicas”. Complementa o julgador ao afirmar que a engenharia reversa, por si só, não pode ser considerada um ato ilícito, desde que não seja utilizada com o objetivo de violar eventuais direitos autorais.

É ressaltado também que no caso em tela a engenharia reversa foi utilizada com o intuito de realizar um estudo comparativo entre programas de computador desenvolvidos pelas partes, visando à solução da controvérsia a respeito da apropriação de *software*, restando caracterizada como legal a prática de engenharia reversa de *software* adotada pelo perito em casos judiciais.

Com o objetivo de ratificar o entendimento acima ilustrado, cumpre destacar que um dos objetivos da engenharia reversa, conforme verificado através da pesquisa jurisprudencial incorrida no presente trabalho, é a verificação, por peritos em ações judiciais, a respeito de reprodução de código-fonte de programas de computador, como foi também observado na Apelação Cível 154.503-9, onde figuravam como Apelante: Siens Engenharia de Sistemas SC Ltda e como Apelada CNP Engenharia de Sistemas Ltda.

3.2.1 Conclusão

Ao contrário do que foi observado na análise dos casos norte-americanos, onde a engenharia reversa de programas de computador era alvo de estudo e análise por parte dos Tribunais em ações onde tal prática figurava como protagonista, a engenharia reversa de programas de computador não foi objeto de análise aprofundada por nossos Tribunais.

A contribuição para a discussão a respeito da viabilidade legal da engenharia reversa de programas de computador no Brasil se deu, basicamente, de maneira indireta e por meio de laudos periciais.

Não obstante a tímida jurisprudência sobre o tema, a partir da análise dos casos aqui trazidos, podem ser resumidos alguns dos entendimentos verificados no Poder Judiciário Brasileiro ao se deparar com essa questão. A maior parte dos julgados aqui abordados contribuiu para a discussão do tema a partir dos seguintes pontos: (i) Um programa de computador desenvolvido a partir da Engenharia Reversa de Programas de Computador não se configuraria como uma cópia servil, cópia ilegal ou pirataria; (ii) A engenharia reversa por si só, bem como a análise funcional de um programa de computador não se constituiriam como atividades ilegais; (iii) A finalidade experimental, educacional, bem como aquelas relacionadas à pesquisa científica e tecnológica de uma prática de engenharia reversa de programas de computador afasta a possibilidade de enquadramento de tal prática como um ato ilegal.

Não obstante os entendimentos acima, o número reduzido de casos identificados em nossa Jurisprudência dificulta a observação de entendimentos já consolidados pelos Tribunais, principalmente pela existência de julgados que ainda consideram necessária autorização prévia para o desenvolvimento de um programa de computador que se baseie em programa anterior.

Portanto, conclui-se que, ao contrário do que foi observado quando da análise dos casos na Justiça Norte-Americana, os casos aqui expostos não fornecem ainda uma estrutura sólida o bastante para estabelecer uma tendência a respeito da viabilidade ou inviabilidade legal da prática da engenharia reversa no Brasil.

Ainda, a falta de profundidade na análise das questões envolvendo a engenharia reversa de programas de computador pelos Tribunais implica em um prejuízo no momento de debater o tema sob as mais diversas perspectivas, seja do Direito Autoral, da concorrência, da inovação e do desenvolvimento científico e tecnológico do País.

4 A ENGENHARIA REVERSA DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR SOB A LEGISLAÇÃO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

No presente item serão analisadas as Leis que regulam a matéria de programas de computador. A análise da legislação infraconstitucional terá

como objetivo verificar fatores que possam vir a viabilizar ou inviabilizar a engenharia reversa de programas de computador.

Por fim, serão analisadas as limitações inerentes ao uso de programas de computador de acordo com a legislação infraconstitucional, sendo proposta uma leitura constitucional dessas limitações, de forma a atender ao interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

4.1 A Lei 9.609/98 e a Lei 9.610/98

Conforme mencionado anteriormente, a engenharia reversa objeto do presente trabalho refere-se única e exclusivamente aos programas de computador protegidos sob o Direito Autoral.

Dessa forma, serão abordadas no presente item as legislações que versam sobre a proteção autoral aos programas de computador, quais sejam: a Lei 9.610/98, conhecida como Lei dos Direitos Autorais e a Lei 9.609/98, também referenciada como Lei de *Software*. Esses diplomas legais tiveram de ser elaborados de forma a se adequar ao TRIPS em vista do fato que o Brasil é membro da OMC e signatário de tal tratado e, portanto, a sua legislação interna deve atender aos requisitos mínimos de proteção impostos pelo referido Tratado. Entretanto, o TRIPS, e a legislação autoral nacional, não estipulam qualquer regra expressa no que concerne à engenharia reversa de programas de computador.

O presente item, portanto, se dedicará ao estudo das duas leis supracitadas, com o objetivo de verificar a respeito de disposições benéficas ou prejudiciais à prática da engenharia reversa de programas de computador; bem como um estudo sobre as suas limitações e os seus reflexos na análise da viabilidade legal da engenharia reversa de programas de computador.

4.1.1 Da aplicação da Lei de Direitos Autorais e da Lei de *Software* em matéria de programas de computador

A proteção dos programas de computador se dará, primariamente, pela Lei 9.609/98. O artigo 2º¹⁵ da referida lei prevê, ainda, uma proteção subsidiária pela Lei 9.610/98 aos casos não previstos na legislação

¹⁵ Lei 9.609/98 - **Art.2º**: O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

especial, com exceção dos direitos morais que não aqueles relacionados à paternidade e à oposição a alterações não autorizadas, quando estas implicarem em modificação do programa de computador prejudicial a honra e reputação do autor¹⁶.

Silveira (2014), inclusive, destaca que são aplicados sobre programas de computador as limitações constantes do artigo 46, II, III, IV, V, VII e VIII, bem como as disposições constantes do artigo 8º, ambos da Lei de Direitos Autorais. Sob esse entendimento, não seriam passíveis de proteção também sob a Lei de *Software*, ideias e o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras, o que, para o presente trabalho, implica em um fator benéfico à prática da engenharia reversa de programas de computador.

No que se refere à viabilidade legal da engenharia reversa de programas de computador, a proteção autoral se demonstra, por si só, como um fator benéfico, conforme ensina Barbosa (2010, p. 1.968):

Uma das desvantagens do Direito Autoral, na ótica dos titulares de direito, e uma de suas vantagens, na perspectiva dos criadores de novos programas competitivos, é que o direito autoral, não abrangendo a tecnologia, estaria aberto à desmontagem conceptual e à evolução técnica desta resultante.

Realizados os comentários introdutórios sobre o tema objeto do presente item, cumpre agora destacar os dispositivos potencialmente prejudiciais à prática da engenharia reversa de programas de computador.

4.1.2 ASPECTOS POTENCIALMENTE DESFAVORÁVEIS CONTIDOS NA LEGISLAÇÃO AUTORAL

4.1.2.1 O artigo 6º, I, da Lei 9.609/98

O escopo aparentemente restritivo da limitação contida no artigo 6º, I, da Lei 9.609/98 pode vir a constituir um obstáculo à engenharia reversa de programas de computador. Prevê o referido artigo que não constitui violação de direitos do titular de programa de computador “I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se

¹⁶ **Art. 2º, § 1º** da Lei 9.609/98: **§ 1º** Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;”

Conforme já observado no presente trabalho, a prática de engenharia reversa de programas de computador necessariamente implica uma (ou mais) reprodução(ões) do código do programa de computador. Dessa forma, a interpretação do inciso I implicaria em uma restrição à reprodução do programa de computador para apenas uma cópia, tendo ainda como o seu objetivo limitado apenas à salvaguarda ou armazenamento eletrônico.

Tal interpretação segue os entendimentos trazidos por Santos (2008, p. 388-389), que aponta para o fato de que o processo de decompilação de um código necessariamente acarreta na geração de uma nova versão do código fonte, o que poderia ser considerado como uma reprodução desautorizada do código original.

4.1.2.2 Artigo 107 da Lei 9.610/98

Além das disposições potencialmente prejudiciais à viabilidade legal da engenharia reversa de programas de computador contidas na Lei 9.609/98, ressaltam-se no presente trabalho algumas disposições contidas na Lei 9.610/98 que podem implicar entraves para a realização da prática objeto do presente estudo.

A Lei de Direitos Autorais, particularmente em seu artigo 107 e incisos¹⁷, busca proteger os Métodos de Gestão de Direitos Digitais – ou *Digital Rights Management* (DRM) - que tem como objetivo principal a restrição ao acesso e cópia de produtos visando garantir a proteção dos direitos de propriedade intelectual compreendidos em uma determinada mídia, arquivo digital ou suporte.

¹⁷ Prevê o artigo 107 da Lei 9.610/98: “Artigo 107. Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no artigo 103 e seu parágrafo único, quem: I - alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia; II - alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia; III - suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos; IV - distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização”.

No que se refere a essas medidas tecnológicas, cumpre aqui apresentar alguns questionamentos: (i) como seria tratada a superação de uma medida tecnológica para acesso a trechos não protegidos por direitos de exclusiva, tais como as funcionalidades de um programa de computador? (ii) a caracterização da superação de uma medida tecnológica como ilegal permitiria proteger conteúdo em domínio público mediante a imposição de DRMs para o acesso a tais conteúdos. Como atuar nesse caso?

Dessa forma, e baseando-se no estudos de Burk (2002) sobre o DMCA, entende-se que a previsão contida no artigo 107 da Lei de Direito Autoral deverá ser objeto de cautela quando da sua interpretação, caso contrário, correrá o mesmo risco do que foi verificado quando do advento do DMCA, ou seja, da criação de um novo direito exclusivo – o direito exclusivo de acesso- que ultrapassa os limites dos Direitos Autorais ao conceder uma exclusividade a conteúdos não merecedores, seja por estarem em domínio público, seja pelo fato de que a sua própria natureza e o seu uso caracterizarem a impossibilidade de exclusão de uso pela coletividade por tempo indeterminado.

A FSFLA¹⁸ destaca, ainda, que a imposição dos DRMs constitui muitas das vezes uma violação a Direitos que, no Brasil, são garantidos pela própria Constituição Federal, dentre eles, destacamos o Direito de Acesso à Cultura, o Direito à Privacidade, o Direito à cópia privada, a realização de obras derivadas, a Liberdade de Expressão, as Limitações garantidas pela Lei de Direito Autoral e o Domínio Público.

O objeto do artigo 107 da Lei de Direitos Autorais, por si só, pode ser tema de um novo trabalho, não cabendo aqui uma análise por demais aprofundada sobre o assunto, bastando reconhecer, portanto, que, para fins da engenharia reversa e da análise de aspectos funcionais de um determinado programa de computador, será necessária a inutilização/superação de alguma “trava tecnológica” (EILAM, 2005).

Para a verificação a respeito das indagações formuladas quando da introdução das questões referentes ao artigo 107 da Lei 9.610/98, acompanhamos o entendimento de Motta (2005) que prevê o seguinte:

Mas e quanto ao artigo 107 da LDA/98? Bom, entendo que este artigo visa defender somente os mecanismos tecnológicos cujo objeto seja protegido pelo direito do autor. Não tem o escopo de permitir aos titulares

¹⁸ Veja mais em: <<http://www.fsfla.org/ikiwiki/texto/drm-deliberdefect.pt.html>>.

outorgar-se de novos direitos fora das hipóteses previstas na lei. Portanto, não havendo violação ao Direito do Autor nos termos da lei, não é aplicável à proteção do artigo 107. Em outras palavras, somente será aplicável o disposto neste artigo nas hipóteses em que efetivamente existir uma violação ao direito do autor, excluindo-se expressamente aquelas previstas pelo artigo 46 da LDA/98 e 60 da Lei do Software, que não podem ser afastados nem pelo uso de licenças de uso, nem por dispositivos tecnológicos. O mesmo pode ser dito em relação a objetos que não podem ser protegidos pelo direito do autor. Ora, não há razão para aplicar o artigo 107 nas situações sob as quais não recai a proteção autoral.

Dessa forma, se demonstra acertado o entendimento de que só é passível de proteção sob uma medida tecnológica, um conteúdo passível de proteção pelo Direito do Autor.

O entendimento do supramencionado autor permite uma interpretação constitucional do artigo 107 da Lei 9.610/98, como bem ensina Ascensão (2007, p. 16) ao afirmar que “o sentido das regras constitucionais brasileiras é claramente o de estabelecer liberdades, não o de estabelecer exclusivos. O princípio é o da liberdade – incluindo, o que é muito importante, a liberdade de comunicação e de informação.”

4.2 Limitações na Lei de Software

Tal como a Lei de Direitos Autorais estabelece em seus artigos 46, 47 e 48 certas práticas que não constituem ofensa aos direitos do titular de direitos autorais, a Lei de *Software* também o faz em seu artigo 6º, ao prever que determinadas práticas não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador¹⁹.

Dentre tais limitações, serão de suma importância para o presente estudo aquelas constantes dos itens I, III e IV.

¹⁹ **Art. 6º da Lei 9.609/98:** “I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda; II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos; III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão; IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu.”

Para uma melhor ilustração a respeito da maneira como os incisos acima irão influenciar o debate aqui trazido sobre a engenharia reversa de programas de computador, cumpre posicioná-los de acordo com o momento em que essas limitações serão relevantes para o presente estudo.

O inciso I pode ser relacionado à execução da engenharia reversa propriamente dita, ou seja, ao momento onde determinado programa de computador deverá ser replicado para permitir o acesso e estudo de seu código fonte. O inciso III, por sua vez, implica um aspecto posterior à execução da engenharia reversa e verificação de seus efeitos na indústria de programas de computador, ou seja, a verificação de que um programa é semelhante a outro programa por conta de características funcionais, preceitos normativos e técnicos ou limitação de forma alternativa de sua expressão.

Por fim, o inciso IV pode ser relacionado aos objetivos perseguidos por aqueles que desejam realizar a engenharia reversa, o que, no presente caso pode ser caracterizado como a interoperabilidade entre aplicativos ou sistema operacional.

Dessa forma, e em vista do inciso I já ter sido abordado em item específico, cumpre agora discorrer sobre alguns aspectos práticos e teóricos dos incisos III e IV.

4.2.1 INCISO III

O inciso III determina que não caracteriza violação dos direitos de terceiros a semelhança entre dois programas de computador por conta de funcionalidades, preceitos técnicos ou normativos ou limitação da forma alternativa de sua expressão. A semelhança funcional foi abordada em laudo pericial constante do Agravo Interno 70018574517/2007, onde o perito do caso determina que não houve cópia propriamente dita de sistemas de computação, pois estimou-se que o procedimento utilizado tenha sido o da Engenharia Reversa, que envolvia trabalho e investimento substancial. Não obstante a conclusão pela inexistência de cópia de programa de computador, o perito apontou para a caracterização de uma “cópia funcional”, ou seja, “Alguns dos programas listados têm a mesma função, porém conforme se observa foram escritos com linguagens e formas completamente diferentes”.

A respeito da limitação de forma alternativa de expressão, Santos (2008, p. 321) traz o conceito da Teoria da Fusão ou “*Merger Doctrine*”,

consolidada pelo direito norte-americano, segundo a qual “uma idéia possui apenas uma forma de expressão, ou seja, quando a expressão coincide com o conceito subjacente, a idéia se ‘funde’ (‘merge’) com a expressão e esta não é protegida porque do contrário estar-se-ia reconhecendo um monopólio sobre a idéia.”

4.2.2 INCISO IV E A INTEROPERABILIDADE

O inciso IV, por sua vez, trata da questão da interoperabilidade, largamente abordada pela doutrina estrangeira quando da análise dos casos envolvendo a indústria de *games* e dos benefícios para a sociedade advindos da permissibilidade dessa prática.

Não obstante, a legislação atual restringe a possibilidade da interoperabilidade para o (i) uso exclusivo de quem a promoveu, (ii) com o objetivo de integrar um programa a outro ou a um sistema operacional, levando em conta que (iii) o programa seja tecnicamente indispensável às necessidades do usuário que a promoveu.

Por conta das recentes restrições à interoperabilidade, tanto na legislação nacional quanto na legislação estrangeira, cumpre analisar no presente item alguns aspectos referentes à interoperabilidade no que concerne aos efeitos sobre o mercado, às empresas e à sociedade.

Eilam (2005) aponta que, ao contrário do que ocorre no desenvolvimento de produtos concorrentes, são claros os benefícios para a sociedade advindos a partir da prática da engenharia reversa para fins de interoperabilidade. Se no desenvolvimento de produtos concorrentes, a engenharia reversa de *software* pode representar uma mitigação ao incentivo em inovar (EILAM, 2005), a interoperabilidade pode ser benéfica à sociedade pois ela encoraja o desenvolvimento de um maior número de aplicações por uma maior variedade de desenvolvedores (SAMUELSON; SCOTCHMER, 2002).

Samuelson e Scotchmer (2002), por sua vez, concluem a sua análise dos efeitos econômicos da realização da engenharia reversa para fins de interoperabilidade apontando que, caso seja considerada legal a prática de engenharia reversa, poderão ser reduzidos os incentivos para o desenvolvimento de plataformas, haja vista que o poder de mercado das empresas que apostam em uma estratégia de não interoperabilidade poderá ser prejudicado. Por outro lado, existe um grande incentivo para o

desenvolvimento de aplicações, seja com interfaces proprietárias ou não (SAMUELSON; SCOTCHMER, 2002).

Não obstante a colocação de Samuelson e Scotchmer (2002) no que se refere à legalidade da engenharia reversa de programas de computador, ressaltam as autoras que a solução não seria tipificar a prática da engenharia reversa como ilegal. Ao contrário, entendem as autoras (SAMUELSON; SCOTCHMER, 2002) que tal prática, no setor de programas de computador, não influencia significativamente nos incentivos ao desenvolvimento de novas plataformas, em vista do tempo dispendido e dos altos recursos envolvidos na realização da decompilação e da desmontagem.

4.3 A engenharia reversa como limitação ao direito de exclusiva

Barbosa (2010, p. 1.958) chama atenção para o fato de que existem outros atos permissíveis no que se refere aos programas de computador e que, por sua vez, não estão listados expressamente na Lei 9.609/98. São eles: “[1] todos os atos necessários para permitir o uso do programa em exato acordo com sua destinação, inclusive a de corrigir seus erros, salvo a existência na respectiva licença ou cessão, de norma que se lhe contraponha” e “[2] os atos destinados a estudar, aperfeiçoar e, enfim, fazer a engenharia reversa do programa, sem com isso facultar a cópia de elementos deste em programa próprio, salvo sob as limitações pertinentes.”

Para o presente trabalho, importa a análise do item [2] apontado pelo supracitado autor, que atribui à engenharia reversa a caracterização de limitação sistemática por conta do próprio conteúdo do direito autoral e da peculiaridade dos programas de computador que, sujeitos à cláusula finalística do artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal (1988) não devem, nem podem, ignorar o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Portanto, restando clara a posição do presente trabalho em consonância com o entendimento de Barbosa (2010) no que se refere à caracterização da engenharia reversa como uma limitação inerente ao direito exclusivo do titular de programa de computador, cumpre agora analisar dois aspectos referentes as limitações, quais sejam: (i) a necessidade de interpretação extensiva das limitações e (ii) a impossibilidade de negociar determinadas limitações.

4.3.1 DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DAS LIMITAÇÕES

Ao discorrer sobre as limitações ao Direito Autoral, Souza (2006, p. 174) aponta que as disposições do artigo 46 da Lei 9.610/98 buscam “equilibrar o monopólio exclusivo dos direitos patrimoniais sobre a obra com as necessidades da sociedade de acesso livre às mesmas”. Portanto, é acertado o entendimento do referido autor de que tal disposição deverá servir para atender aos direitos da coletividade.

Parte da doutrina nacional e estrangeira, composta por Denis Borges Barbosa, Allan Rocha de Souza, Joana Delgado e José de Oliveira Ascensão, entende que tais limitações devem ser interpretadas de maneira extensiva. Ascensão (2006) defende que:

Os limites do direito de autor não são tomados como exceções, mas com a via da satisfação simultânea de interesses individuais e da comunidade. Nomeadamente, eles impedem as consequências mais nefastas da monopolização e permitem as formas de desfrute social compatíveis com o exclusivo atribuído.

Ainda, reforçando o que foi apontado por Tepedino²⁰ (1989), Souza (2006, p. 283) esclarece que “a influência das imposições constitucionais alcança todo o ordenamento e todos os sub-sistemas infraconstitucionais, cuja interpretação das relações jurídicas internas destes subsistemas devem ser sustentadas a partir dos axiomas constitucionais aplicáveis”.

Em recente artigo, Delgado (2014, p. 112) corrobora os entendimentos acima listados:

Não obstante, mesmo nesse sistema, vindo ou não a ser regulado por uma legislação especial, a leitura constitucional e não restritiva das limitações à exclusiva é fundamental para consolidar o equilíbrio dos interesses privados e públicos na tutela dos direitos de autor.

Dessa forma, demonstra-se acertado o entendimento de que as limitações, não só na Lei de Direitos Autorais, mas também na Lei de *Software* devem ser interpretadas (i) de maneira extensiva, (ii) à luz dos preceitos constitucionais e, (iii) com o objetivo de atender ao objetivo perseguido.

²⁰ Tepedino (1989, p. 76-78) afirma que não existe propriedade que escape ao pressuposto da função social.

4.3.2 DA INDISPONIBILIDADE DE LIMITAÇÕES

Valendo-se das premissas acima expostas de que (i) os programas de computador estariam sujeitos ao preceito constitucional contido no artigo 5º, XXIX, por se caracterizarem como criações industriais (BARBOSA, 2010), de que (ii) as limitações devem ser interpretadas à luz da constituição, bem como do fato de que (iii) a engenharia reversa de programas de computador se caracterizaria como uma limitação aos direitos exclusivos do titular de um determinado produto informático, cumpre aqui verificar se determinadas cláusulas presentes em acordos celebrados entre particulares e que vedam a engenharia reversa de um programa de computador merecem tutela sob o direito pátrio.

Uma prática constante de empresas desenvolvedoras de *softwares* é a imposição de licenças proibindo a engenharia reversa de programas de computador, uma tendência observada principalmente após as decisões pró-engenharia reversa dos casos pré-DMCA nos Estados Unidos da América (KARAS, 2001; LINHOFF, 2004; SAMUELSON; SCOTCHMER, 2002; ZIEMINSKI, 2008).

Ao abordar o tema da renúncia voluntária sobre limitações de Direitos de Propriedade Intelectual, Barbosa (2012) contribui para a discussão ao estabelecer que as limitações podem ser reconhecidas como (i) uma contenção dos interesses do titular do direito em vista do interesse da outra parte ou (ii) como a presença do interesse público ou interesse da sociedade, que transcende os interesses das partes envolvidas.

Para tanto, valemo-nos do entendimento de Barbosa (2013, p. 31-32) que afirma que “não se pode transigir naquilo que o bem, direito ou poder não pertençam à esfera de autodeterminação do transigente”. Nesse caso, e ainda de acordo com o supramencionado autor, não se pode transigir algo que esteja vinculado a um propósito público.

Dessa forma, e em vista da subordinação da proteção dos programas de computador ao interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, entende-se que a cláusula que obriga o licenciado a renunciar o seu direito de praticar a engenharia reversa seria uma afronta aos preceitos constitucionais e um fator prejudicial ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

4.3.2.1 Das cláusulas abusivas sob o artigo 10, § 1º, I, da Lei 9.609/98

Some-se, ainda, ao argumento acima, o disposto no artigo 10, § 1º, I, da Lei 9.609/98, segundo o qual serão nulas as cláusulas que limitem a produção, a distribuição ou a comercialização, o que implicaria em uma eventual proibição de que o licenciado desenvolva programas de computador a partir da prática de engenharia reversa do programa de computador cujo o qual adquiriu a licença (BARBOSA, 2010).

No que se refere às cláusulas abusivas na indústria de *software*, resalta-se aqui, mais uma vez, o entendimento de Barbosa (2010) de que a cláusula que obriga ao licenciado a renunciar o seu direito de engenharia reversa constitui em um verdadeiro abuso de direito autoral e, segundo Barbosa (2010, p. 2.026), “não ocorre violação de obrigação em cláusula abusiva, no que a vedação do abuso não se dá em proteção às partes, mas à sociedade”.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que, em vista das peculiaridades inerentes à prática da engenharia reversa em programas de computador, essa prática deve ser estudada e regulada de maneira específica pois possui objetivos, regimes de proteção e parcelas de *know-how* contido no produto final distintas dos produtos oriundos de indústrias de fabricação tradicional.

A pesquisa jurisprudencial revelou que os Tribunais brasileiros não se dedicaram a questão da engenharia reversa de maneira aprofundada. Foi verificado que a contribuição para a discussão a respeito da viabilidade legal da engenharia reversa de programas de computador no Brasil se deu, basicamente, de maneira indireta e por meio de laudos periciais.

Não obstante alguns dos casos terem trazido importantes contribuições para o estudo dessa prática no Brasil, o número reduzido de casos identificados em nossa Jurisprudência dificulta a observação de entendimentos já consolidados pelos Tribunais, principalmente pela existência de julgados que ainda consideram necessária autorização prévia para o desenvolvimento de um programa de computador que se baseie em programa anterior.

Além disso, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos da América e conforme sintetizado por Karas (2001), o número reduzido de

casos concretos envolvendo a engenharia reversa de programas de computador prejudica também a verificação de limitações à essa prática.

Portanto, conclui-se que, ao contrário do que foi observado quando da análise dos casos na Justiça norte-americana, os casos aqui expostos não fornecem ainda uma estrutura sólida o bastante para estabelecer uma tendência a respeito da viabilidade ou inviabilidade legal da prática da engenharia reversa no Brasil.

Quando da análise da legislação nacional sobre o tema, verificou-se que tanto a Lei de Direitos Autorais como a Lei de *Software* não trataram da questão da engenharia reversa de programas de computador de maneira clara. O que se pôde observar foi que algumas disposições de ambas as leis – como o artigo 6º, I, da Lei 9.609/98 e o artigo 107 da Lei 9.610/98 – constituiriam entraves à legalidade da prática da engenharia reversa de programas de computador.

Não obstante, o presente estudo acompanhou os entendimentos trazidos por Barbosa (2010) ao entender que a engenharia reversa constitui-se como uma verdadeira limitação ao exercício do direito exclusivo do titular de um programa de computador.

Ainda, adotou-se o entendimento do referido autor também no que tange ao fato de que os programas de computador protegidos sob a Lei 9.609/98, haja vista seu caráter tecnológico, estariam sujeitos ao artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal (1988) por caracterizarem-se como criações industriais. Por tal razão, a regulamentação autoral a respeito do uso de programas de computador deve obedecer ao interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Com base nos entendimentos acima expostos, observou-se que determinadas cláusulas contratuais que proíbem a engenharia reversa ou que exigem a renúncia a tal direito estariam em desacordo com a cláusula finalística contida na Constituição Federal (1988), constituindo-se, portanto, como um verdadeiro abuso de direito.

Dessa forma, proibir ou exigir a renúncia à limitação de praticar a engenharia reversa é exigir a renúncia a um direito que não pertence a um agente privado, mas sim à sociedade e ao interesse público, o que implicaria, conforme supramencionado, não só em uma prática de abuso de direito autoral, como também iria de encontro com o interesse da sociedade e o próprio desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Por outro lado, para uma verificação a respeito das hipóteses e limitações sob as quais seriam permitidas as práticas de engenharia reversa, bem como para uma melhor fundamentação no que tange a sua viabilidade legal, faz-se necessário um estudo mais aprofundado sobre o tema, levando em conta não só os aspectos legais que são inerentes a essa prática, mas também questões de cunho econômico e concorrencial, haja vista que podem ser observados diferentes efeitos da prática da engenharia reversa nas mais variadas indústrias, podendo tanto estimular a inovação, como representar uma ferramenta fomentadora de práticas desleais.

REFERÊNCIAS

ANDERSEN, Birgitte. If 'Intellectual Property Rights' is the Answer, What is the Question? Revisiting the Patent Controversies. *Economics of Innovation and New Technology*, V. 13, n. 5, July, p. 417-442, 2004.

ANDRADE, Elvira; TIGRE, Paulo Bastos; SILVA, Lourença F.; SILVA, Denise Freitas; MOURA, Joaquim Adérito Correia de; OLIVEIRA, Ronsagela Veridiano de; SOUZA, Arlan. Propriedade Intelectual em *Software*: O que podemos apreender da experiência internacional?. *Revista Brasileira de Inovação*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 31-53, jan./jun. 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Fundamento do Direito Autoral como Direito Exclusivo*. Manuscrito, 2007.

_____. O Direito intelectual em metamorfose. *Revista de Direito Autoral*, ano II, n. IV, p. 3-24, fev. 2006.

BARBOSA, Denis Borges. Apresentação. *Global Congress on Intellectual Property and the Public Interest*. 16/12/2012. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/global_congress.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. *Indisponibilidade privada de certas limitações aos direitos de propriedade intelectual*. Jan. 2013. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/da_indisponibilidade_privada_limitacoes.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Tomo III.

BRASIL. *Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm>. Acesso em: 14. jun. 2014.

_____. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 01 jun. 2014.

BRASIL. Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo Interno N° 70018574517/2007*. Agravante: Countasse Contabilidade Assessoria e Consultoria SC Ltda e outros; Countasse TI Tecnologia da Informacao Ltda; Jose de Oliveira Filho ; Luciano Rossales Eisfeld; Marcio Knogl. Agravado: Olair Jose Villant Vaz. Interessado: Audicontas Consultoria e Sistemas SC Ltda. Relator: Leo Lima. Rio Grande do Sul. 18 de abril de 2007.

_____. Sexta Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n° 70050795517/2012*. Apelante: MFLP Virt Informatica Ltda. Apelada: Comercial Unida de Cereais Ltda e Unidasul Distribuidora Alimentícia S.A. Rio Grande do Sul. Relator: Ney Wiedemann Neto. Julgado em 21 de março de 2013.

_____. Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n° 9175910-49.2004.8.26.0000*. Apelante: Hub System Software S/C Ltda e Outros. Apelada: Netsuper S/A. Relator: Galdino Toledo Júnior. São Paulo.

_____. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível n° 512.130-4*. Apelante: Cristiane Ferreira Monteiro Brito, Ricardo Andrade Brito e Carlos Eduardo Brito Borges. Apelada: AIS Automação Industrial Software Ltda. e APIS Tecnologia da Informação Ltda. ME. Relator: Guimarães da Costa. Paraná. 19 de março de 2009.

_____. Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n° 0149214-47.2009.8.26.0100*. Apelante: Spinelli S/A Corretora de Valores Mobiliários e Câmbio. Apelada: Banif Corretora de Valores e Câmbio S/A. Relator: Paulo Eduardo Razuk. São Paulo. 05 de agosto de 2014.

_____. Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível n°154.503-9*. Apelante: Siens Engenharia de Sistemas SC Ltda. Apelada: CNP Engenharia de Sistemas Ltda. Relator Domingos Ramina. Paraná. 01 de março de 2005.

BURK, Dan L. Anti-Circumvention Misuse. *Minnesota Public Law Research*, Paper no. 02-10. 2002. p. 1-64. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=320961>>.

CANBY, William C. *Sony Computer Entertainment v. Connectix Corp.*, 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/203_F3d_596.htm>.

CANFORA, Gerardo; CERULO, Luigi; PENTA, Massimiliano Di. Achievements and Challenges in Software Reverse Engineering. *Communication of the ACM*, v. 54, n. 4, Apr. 2011.

DELGADO, Joana Campinho Rabello Corte Real. As limitações ao direito de autor referentes ao software. *PIDCC*, Aracaju, ano III, edição n° 06/2014, p. 97-113, jun. 2014.

EILAM, Eldad. *Reversing: Secrets of Reverse Engineering*. Wiley Publishing, Inc. United States of America, 2005.

FITZGERALD Brian; CIFUENTES, Cristina; FITZGERALD, Anne; LEHMANN, Michael. Innovation, Software, and Reverse Engineering. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 18, n. 1, p. 121-159, 2001. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol18/iss1/5>>.

FUNDAÇÃO SOFTWARE LIVRE AMÉRICA LATINA (FSFLA). <<http://www.fsfla.org/ikiwiki/texto/drm-deliberdefect.pt.html>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

IBGE. *Pesquisa de Inovação Tecnológica*. 2005. Coordenação de Indústria – Rio de Janeiro: IBGE, 2007. Disponível em: <<http://www.pintec.ibge.gov.br/downloads/PUBLICACAO/Publicacao%20PINTEC%202005.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2014.

_____. *Pesquisa de Inovação Tecnológica*. 2008. Coordenação de Indústria – Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <<http://www.pintec.ibge.gov.br/downloads/PUBLICACAO/Publicacao%20PINTEC%202008.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2014.

KARAS, Stan. *Sony Computer Entertainment, Inc. V. Connectix Corp. Berkeley Technology Law Journal*, v. 16. Issue 1, p. 33-52, 2001. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol16/iss1/4>>.

LEE, Daniel. Reverse Engineering: Exploitation for Benefit of All. *Intellectual Property Brief*, v. 2, n. 2, p. 34-38. 2010.

LEE, Donna L. Reverse engineering of Computer Programs under the DMCA: Recognizing a “Fair Access” Defense. *Marquette Intellectual Property Law Review*. v. 10, Issue 3, p. 537-573. 2006. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol10/iss3/4>>.

LINHOFF, Joe. Video Games and Reverse Engineering: Before and after the Digital Millenium Copyright Act. *J. on Telecomm. & High Tech. L.* v. 3, p. 209-237, 2004.

MACCULLOCH, David. C. *Sega Enterprises LTD. v. Accolade, Inc.: What’s so Fair about Reverse Engineering?* *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, v. 14. n. 3, p. 465-485. 1994. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/elr/vol14/iss3/3>>

MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade Intelectual e Concorrência. *Revista Brasileira de Inovação*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 371-402, jul./dez. 2009.

MOTTA, Octavio. *Limitações ao direito do autor na lei brasileira, cópia privada e engenharia reversa de software*. 04 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.direi-tonet.com.br/artigos/exibir/1908/Limitacoes-ao-direito-do-autor-na-lei-brasileira-copia-privada-e-engenharia-reversa-de-software>>. Acesso em: 05 set. 2014.

ORSI, Fabienne; CORIAT, Benjamin. The New Role and Status of Intellectual Property Rights in Contemporary Capitalism. *Information, Intellectual Property, and Economic Welfare*, Fondazione Luigi Einaudi, Turin, Italy, p. 1-22, May 15-16 2006.

PEREIRA, Alexandre L. D. Software Interoperability, intellectual property and competition law – Compulsory licenses for abuse of Market dominance. *Computer Law & Security Review* 27. Published by Elsevier, 2011. p. 175-159.

RADER, J. *Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc.* U.S. Court of Appeals, Federal Circuit. September 10, 1992. 975 F.2d 832, 24 USPQ2D 1015. Disponível em: <<http://digital-law-online.info/cases/24PQ2D1015.htm>>.

REINHARDT, J. *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade Inc.* Disponível em: <<http://digital-law-online.info/cases/24PQ2D1561.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

SAMUELSON, Pamela; SCOTCHMER, Suzanne. The law and economics of reverse engineering. *Yale Law Journal*, n. 111.7, May 2002.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 454 p. (Coleção: Propriedade Intelectual, Org. Denis Borges Barbosa).

SILVEIRA, Newton. *Propriedade Intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes*. 5. ed. Barueri: Manole, 2014. 404p.

SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: Uma Interpretação Civil-Constitucional dos limites da proteção jurídica*. Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339p. (Coleção José do Patrocínio; v.4)

_____. *Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso*. 2010. 266fl. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição.). In: SEMINÁRIO DIREITO REAIS. Centro Acadêmico Luiz Carpanter, realizado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, nos dias 21 a 24 de agosto de 1989. *Revista Forense*, v. 306, 1989.

TIGRE, Paulo B. *Gestão da Inovação: A economia da tecnologia no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. 296 p.

UNCTAD - ICTSD. *Resource Book On Trips And Development*. New York, Cambridge University: Cambridge University Press, 2005. 811 p.

WANG, Wego. *Reverse Engineering: Technology of reinvention*. CRC Press. Taylor & Francis Group. United States of America. 2011. 313 p.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Marrakesh, 1994. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.

ZIEMINSKI, Craig E. Game Over for Reverse Engineering?: How the DMCA and Contracts have affected Innovation. *Journal of Technology Law and Policy*, v. 13, n. 2, p. 289-339, Dec. 2008.

DIREITO AUTORAL E PENAL DO SOFTWARE

Marcelo de Athayde Furtado Krieger

Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação (GEDAI/UFSC). Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal – CESUSC. Formado em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis – CESUSC. Advogado e membro da Comissão de Tecnologia da Informação da OAB/SC. marcelo@vhsolucoes.com.br.

RESUMO: Este trabalho versa sobre os direitos autorais dos softwares, a infração penal de contrafação e os procedimentos que envolvem a propositura da ação penal nos crimes contra a propriedade intelectual dos softwares. Objetiva-se demonstrar a proteção dos direitos autorais dos softwares, correlacionando-os com o direito penal e processual penal. Para tanto, abordar-se-á o conceito de software, sua noção jurídica e o aparato legal que envolve os direitos autorais em face da Convenção de Berna; Constituição Federal de 1998; Acordo TRIPS; Lei Autoral nº 9.610/98 e Lei de Software nº 9.609/98, com o propósito de explicar o contexto inserido nessas leis, correlacionando os artigos que interferem diretamente na sua proteção. Por fim, apresenta-se a violação do direito autoral dos softwares, tipificada no Código Penal e na Lei de Softwares, delimita-se os sujeitos do delito, a tipificação da conduta, o momento da consumação e os procedimentos penais para o início da ação penal.

Palavras-chave: Softwares. Propriedade Intelectual. Direito Penal. Contrafação.

1 INTRODUÇÃO

A partir do momento em que os computadores começaram a fazer parte do dia-a-dia da sociedade, influenciando, agilizando e contribuindo para um melhoramento funcional diante de tarefas a serem exercidas por grandes empresas e até mesmo por usuários domésticos, foi perceptível a necessidade de planejamento e desenvolvimento de grandes projetos para criação de softwares¹, visando o usuário final dessa ferramenta.

¹ A expressão software pode ser interpretada em sentido restrito, que equivale ao programa de computador em si, significado utilizado ao longo dessa pesquisa, ou em sentido amplo, representando um conjunto de elementos conforme analisa Wachowicz (2007, p. 133, grifo nosso):

- a) Programa de computador: é o conjunto de instruções capaz, quando incorporado num veículo legível pela máquina, de fazer com que ela disponha de capacidade para processar informações, indique, desempenhe ou execute uma particular função, tarefa ou resultado;
- b) Descrição de Programa: é uma apresentação completa de um processo, expressa por palavras, esquema ou de outro modo, suficientemente pormenorizada para determinar o conjunto de instruções que constituem o programa do computador correspondente;

Com essa evolução tecnológica, juntamente com a facilidade de propagação e reprodução de conteúdo, também foi preciso que a legislação se adaptasse para proteger os direitos autorais dos softwares e incentivar sua produção e comercialização.

O tema, envolvido pela propriedade intelectual dos softwares e sua tutela penal, além de ser limitado e extremamente complexo, constitui-se num problema aos autores dos softwares e seus respectivos titulares, seus contratantes e usuários de maneira geral, que ao utilizarem esse programa de computador reproduzido de forma desautorizada ou comercializada ilegalmente, extrapolam, dolosa ou culposamente, os limites de uso impostos nas respectivas licenças.

A opção pela presente pesquisa decorre da constatação das dúvidas que surgem diante de casos concretos envolvendo os direitos autorais dos softwares e os crimes de contrafação a ele vinculados.

Por inúmeras vezes, o mentor da criação de um software é prejudicado, tanto de maneira moral ou patrimonial, por ações de adquirentes, que ilegalmente contrariam os acordos pactuados em contratos de licença de uso, ou por vezes, sequer tomam conhecimento dos limites estipulados pela legislação vigente, ultrapassando barreiras de propriedade intelectual, conseqüentemente autorais e penais.

O titular dos direitos autorais dos softwares possui o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor do software criado muitas vezes por ele próprio. Portanto, a distribuição, comercialização, alteração, reprodução (PIMENTA, 1994, p. 78)², ou qualquer outra finalidade dada à obra criada, dependerá da expressa autorização do detentor dos direitos autorais. Diante disso, o mentor de um software deve expor sua vontade em contratos que autorizam e impõem limites a seu uso, caso contrário o usuário poderá responder civil e criminalmente.

c) Material de apoio: é qualquer material, para além do programa de computador e da descrição do programa, preparado para ajudar a compreensão ou a aplicação de um programa de computador, como, por exemplo, as descrições de programas e as instruções para usuários.

Para um extensa discussão da matéria vide: BARBOSA (1998, 2001), SANTOS (2008) e WACHOWICZ (2010).

² Reprodução é a fixação da obra protegida em algum meio tangível de torná-la perceptível aos sentidos humanos, seja direta ou indiretamente, seja temporária ou transitoriamente. (PIMENTA, 1994, p. 78).

2 SOFTWARE E SUA NOÇÃO JURÍDICA

Software é a parte intelectual do sistema informático³ e funciona por meio de instruções⁴ repassadas ao computador, permitindo assim satisfazer as necessidades dos usuários.

O software é composto por uma linguagem de programação, que são instruções básicas, conhecidas na linguagem de programação por código-fonte⁵ (*source*), e pela compilação, que é o processo de transformação dessas funções básicas em processos executáveis (código-objeto) (ALBUQUERQUE, 2006, p. 474; OLIVEIRA, 2002, p. 6). É uma expressão organizada, estruturada, com uma combinação de ordens e proposições vinculadas à máquina em códigos⁶, por qualquer meio, objetivando processar um computador para executar uma função específica.

O software é a parte imaterial do sistema informático, é ele que fornece os comandos necessários para a realização de diversas tarefas. É uma criação intelectual, por isso, a proteção à propriedade intelectual dá respaldo jurídico a essas criações⁷.

São envolvidas pela propriedade intelectual duas grandes áreas: a dos direitos autorais, que protegem especificamente os programas de computador, e a da propriedade industrial, que abrange patentes, marcas, desenhos industriais e modelos de utilidade (CERQUEIRA, 2000, p. 25).

É importante trazer à dicção o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ (REsp. 443.119), que se baseia nos dispositivos da Lei de Software 9.609/98 e da Lei Autoral 9.610/98, para fixar os softwares como de natureza jurídica de direito autoral (propriedade intelectual), sendo seu regime jurídico atinente às obras literárias, não restando dúvida que a

³ Sistema informático é o conjunto composto por uma parte física e uma parte intelectual. A parte física (*hardware*) é o conjunto dos elementos materiais que formam o sistema informático, responsáveis pelo processamento e armazenamento dos dados que lhe são fornecidos (POLI, 2003, p. 8).

⁴ Instruções são comandos que definem uma operação a ser executada (VELLOSO, 2004, p. 10).

⁵ Código fonte – “seqüência de passos lógicos, finitos, descritos numa linguagem de programação a fim de resolver um determinado problema” (OLIVEIRA, 2002, p. 6).

⁶ “O código consiste numa determinada seqüência de símbolos, para leitura mecânica ou humana, a ser operada por hardware computadorizado, tais como código objeto e código fonte.” (WACHOWICZ, 2007, p. 135)

⁷ “A percepção jurídica do sistema informático, envolto na Revolução Tecnológica, conduz ao enquadramento dos bens informáticos, quais sejam: software, hardware e firmware.” (WACHOWICZ, 2010, p. 49)

própria Lei de Propriedade Industrial 9.279/96 não considera o software como invenção ou modelo de utilidade segundo corrente jurisprudencial.

Os softwares são equiparados pela legislação às obras literárias, pois além de possuírem uma linguagem de programação computadorizada em códigos, sequência de letras, números e pontuação, sua criação advém do esforço intelectual de seu criador (PEREIRA, 2005, p. 34; 75), que se utiliza de parâmetros pré-estabelecidos logicamente para exteriorizar suas ideias e por consequência receber a devida proteção legal em relação àquilo que criou.

Posto isto, é perceptível, diante desses procedimentos de elaboração, que o software é produto do esforço intelectual, portanto, um bem jurídico imaterial, “cuja proteção deve ser concedida por um dos ramos do Direito Intelectual, entendendo-se, por direitos intelectuais, os direitos sobre coisas incorpóreas” (POLI, 2003, p. 23).

Rolim (2003, p. 80) alude que “coisa é tudo aquilo que é susceptível de apropriação pelo homem e que se torna objeto de direito porque tem valor econômico; é o mesmo que ‘bens’, nos dias de hoje”.

Consideram-se, para os efeitos legais, os direitos autorais como sendo bens móveis. É o que preceitua o artigo 3º da Lei Autoral 9.610/98.

Atinente ao objeto de direito no caso em tela é o software, onde o criador, titular dos direitos autorais, terá seu direito subjetivo outorgado.

Nos dizeres de Venosa (2008, v. 5, p. 4):

O objeto é a base sobre a qual se assenta o direito subjetivo, desenvolvendo o poder de fruição da pessoa com o contato das coisas que nos cercam no mundo exterior. Nesse raciocínio, o objeto do direito pode recair sobre coisas corpóreas ou incorpóreas, como um imóvel, no primeiro caso, e os produtos do intelecto (direitos de autor, de invenção, por exemplo), no segundo.

Para Bevilaqua (1999, p. 64):

O objeto do direito é o bem ou vantagem sobre que o sujeito exerce o poder conferido pela ordem jurídica. Podem ser objeto do direito: As cousas corpóreas ou incorpóreas, entre estas últimas incluindo-se os produtos da inteligência.

Quando se menciona a expressão “coisas incorpóreas”, resgata-se do passado, mais precisamente do Direito Romano, o sentido jurídico de “coisa”, chamada pelos romanos de “*res*”, subdividida em duas categorias: a “*res corporales*” e “*res incorporales*” (CORREIA; SCIASCIA, 1951, p. 74-75).

No que tange à classificação supramencionada, retira-se das Institutas de Gaio, vertidas para o português por Correia e Sciascia (1951, p. 74-77) o devido conceito:

São corpóreas as que se podem tocar, como um prédio, um escravo, um vestido, o ouro, a prata e outras mais, inumeráveis. Incorpóreas são as coisas que se não podem tocar, e consistem em direitos, como a herança, o usufruto, as obrigações contraídas de qualquer modo.

Sobre o tema, preleciona Amaral (2006, p. 312):

Bens corpóreos são os que têm existência concreta, perceptível pelos sentidos (*res quae tangi possunt*). São os objetos materiais, inclusive as diversas formas de energia, como a eletricidade, o gás, o vapor.

São criações da mente, construções jurídicas, direitos. Sua existência é Bens incorpóreos são os que têm existência abstrata, intelectual, como os direitos, as obras de espírito, os valores, como a honra, a liberdade, o nome, apenas intelectual e jurídica.

Carnelutti (1942, p. 238) vai contra estes conceitos romanos e ressalta:

Quando se trata de uma obra intelectual, o melhor termo seria coisas imateriais, pois a expressão “coisas incorpóreas” pode fazer supor que a ideia ou, de um modo geral, o objeto das relações aqui consideradas não tem corpo, o que seria um erro. Ao invés, a ideia para ser ideia necessita de tomar um corpo. Se o não tomasse, continuaria a ser pensamento e, por conseguinte, não mudaria da pessoa para uma coisa.

Porém, não é a tangibilidade que difere as coisas corpóreas das incorpóreas, pois aquela, em algumas situações, poderá ser um bem naturalmente intangível, e esta um bem tangível, como é o caso da herança (PEREIRA, 2006, p. 407).

Segundo a classificação de Montoro (2000, p. 482), a propriedade intelectual ou direitos de autor está inserida no ramo da propriedade imaterial, sendo este o direito sobre coisas incorpóreas ou imateriais.

O programa de computador é finalizado após um longo período de desenvolvimento, com custos altos, por profissionais especializados. Um fator preocupante é a facilidade com a qual o programa pode ser reproduzido por qualquer usuário, que estará efetuando a reprodução ilícita, pois, havendo tomada da propriedade de outrem, deverá essa ser obstaculizada pelas normas jurídicas. Deduz-se, assim, que o ordenamento jurídico tutela a criação do autor, pois existe um direito real (PEREIRA, 2005, p. 35).

Quando se enquadra um determinado bem em uma categoria, atraem-se princípios que expressam a forma que a lei o trata e quais as relações jurídicas que irá despertar (PEREIRA, 2006, p. 405). Nessa esteira, os direitos reais e os direitos pessoais, erigidos pelo Código Civil de 2002, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, interferem diretamente na proteção jurídica dos direitos autorais dos softwares.

Reale (2003, p. 360) define:

Os direitos pessoais, como os relativos ao indivíduo como ente válido por si mesmo, protegendo-lhe o ser pessoal, o nome, a imagem etc.; Os direitos reais, relativos à posse e à propriedade e suas formas de explicitação.

Para Montoro (2000, p. 481), “direitos reais em sentido amplo são os direitos sobre ‘coisas’ materiais ou imateriais”.

Kelsen (1998, p. 145) afirma que o direito sobre uma coisa (*jus in rem*) e o direito em face de uma pessoa (*jus in personam*) como sendo distintos induz ao erro, pois “o direito sobre uma coisa é um direito em face de pessoas”, portanto, “*jus in rem* é também um *jus in personam*” e tem como características, segundo Leite (2004, p. 119), a “alienabilidade do primeiro e a indisponibilidade do segundo, o qual jamais se afasta ou pode ser afastado do autor da obra”.

Em suma, o software é um bem móvel, imaterial, incorpóreo, intangível, porém susceptível de apropriação, emanado de direitos e protegido pelo direito autoral, espécie inserida nos direitos à propriedade intelectual.

3 DIREITO AUTORAL DO SOFTWARE

O direito autoral regula as relações entre o criador de obra intelectual e aqueles que irão reproduzi-la ou utilizá-la de qualquer forma. Está inserido no ramo do direito da propriedade intelectual, protegendo as obras intelectuais, artísticas ou científicas.

Ao software é concedido proteção a partir da sua exteriorização, isto é, a criação do autor concretizada, materializada e executada em um suporte físico, uma vez que o direito autoral não protege a ideia em si, mas aquilo que é perceptível pelo homem. Portanto, é a partir da exteriorização das ideias intelectuais do autor que se protegerá os direitos inerentes à obra criada⁸.

4 DURAÇÃO DOS DIREITOS INTELECTUAIS

A partir da criação intelectual exteriorizada pelo homem surgem os direitos intelectuais sobre a obra que criou. Porém, é a lei que irá delimitar o lapso temporal dessa proteção. O § 2º, do artigo 2º, da Lei de Software 9.609/98, garante a proteção pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

A imposição adotada pela Lei de Software é uma exceção prevista na Convenção de Berna que prevê, para as obras anônimas ou pseudônimas, a duração de cinquenta anos após a obra ter se tornado acessível ao público.

Comentando o dispositivo, Tarcisio Cerqueira (2000, p. 28) aponta para a necessidade de se modificar o § 2º do artigo 2º, devido à expressão “publicação”, quando relacionada a um software, e também à dificuldade para se estabelecer o exato momento da “criação” de um programa. Portanto, o autor corrobora com a hipótese de se registrar o programa de computador, para que se caracterize com precisão a contagem do tempo de tutela dos direitos.

O prazo excessivo não coaduna com a natureza do software e a realidade de mercado, que exige uma constante atualização e desenvolvimento de ferramentas compatíveis com os sistemas operacionais, cada vez mais modernos, e computadores de alta performance, agregado ao interesse do público alvo, cada vez mais jovem e interessado pela tecnologia de ponta.

⁸ Em relação à obra de espírito, exteriorizada pelo criador e protegida pelo ramo dos direitos autorais, *en passant*: BITTAR (2001, p. 22); PEREIRA (2005, p. 38, 73).

5 O REGISTRO

Cumpra-se observar, preliminarmente, que, no Brasil, conforme o artigo 2º, § 3º, da Lei de Software, 9.609/98, não é exigido a realização do registro para uma consequente proteção dos direitos autorais.

Conforme Venosa (2008, p. 602):

O registro estabelece presunção relativa de paternidade da obra. Sua finalidade é dar segurança ao autor e não exatamente salvaguardar a obra. Desse modo, a ausência de registro não impede a defesa dos direitos autorais.

Consequentemente, o registro da obra não nos leva a uma interpretação de que o titular dos direitos seja realmente quem registrou, sendo apenas uma presunção de autoria.

Porém, quando se tratar de transferência de tecnologia de programa de computador, será necessário o registro no INPI para produzir efeitos perante terceiros, como menciona o artigo 11, da Lei de Software 9.609/98, sendo obrigatória a entrega da documentação completa, código-fonte, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários para assimilar a tecnologia.

O procedimento de registro torna a fraude mais difícil, e serve como meio de prova de direito para o ingresso de futura ação penal, sem o qual não será recebida a queixa, nem ordenada qualquer diligência. Para o cessionário, tem a função de modo aquisitivo de propriedade móvel, pois sem o registro não se terá juridicamente adquirido a propriedade, nem mesmo se houverem sido cumpridas as exigências atinentes à prova pré-constituída, valendo àquele que primeiro transcrever ou inscrever no órgão competente, constituindo eficácia *erga omnes* (PIMENTA, 1994, p. 52-53).

6 A LICENÇA DE USO

Quando se utiliza um programa de computador, este está vinculado a um contrato de licença, que deve ser respeitado. Caso contrário, estar-se-á infringindo a Lei de Software, 9.609/98, a Lei de Direitos Autorais, 9.610/98, além das implicações com as demais leis atinentes ao caso, especialmente a legislação criminal. Assim, os programas de computador são fornecidos para seus usuários mediante contratos de licença de uso.

O artigo 9º da Lei de Software, 9.609/98, define que o uso do programa de computador, no país, será objeto de contrato de licença e este essa irá instituir os limites para a utilização do programa. Caso esse contrato não exista, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso.

Na concepção de Atheniense (2006, p. 456):

Outros meios alternativos de prova, visando à comprovação de licenciamento por parte do usuário, como mídia originais e manuais, em detrimento do contrato de licença e do documento fiscal, não poderão atestar inequivocamente a regularidade de cessão de uso, mas poderão formar o convencimento do magistrado nas condições previstas no artigo 322 do C. Proc. Civil, desde que moralmente legítimas e hábeis à comprovação da verdade dos fatos.

Ademais, o contrato de licença do software não é um contrato das obrigações da criação, é um contrato para utilizar o produto, e o programador ao disponibilizar o software deverá esclarecer as limitações para uso, gozo, disponibilidade, tempo de uso e possibilidade de alterações e a quem pertence o código-fonte, protegendo seu direito autoral e se eximindo de determinadas responsabilidades (FERRARI, 2003, p. 76-77).

Wilson Furtado e Cristine Schreiter Furtado (2004, p. 21) ressaltam que essa licença fornecida pelo proprietário do software não transfere nenhum direito relativo à propriedade intelectual do software, pois o licenciado ou usuário do produto ao assinar o contrato está adquirindo apenas o direito de usar a cópia de um programa em sua versão *standard*, adequada às suas necessidades.

No que versa à adequada utilização do programa de computador, tem-se que o contrato de licença é a maneira legal do adquirente de um software se proteger, caso venha a ser processado pelo titular dos direitos relativos ao software⁹.

Extrai-se do julgado em tela a conclusão de que o contrato de licença é a maneira legal do adquirente de um software se proteger, caso venha a ser processado pelo titular dos direitos relativos ao software.

No aspecto jurídico, o contrato deve ser formal; porém, nos dias atuais, o contrato virtual tem sido corriqueiramente utilizado, sendo consi-

⁹ RIO DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil n. 70020205704.

derado um contrato de adesão ao qual o usuário adere em consentimento com as normas estabelecidas, sem a possibilidade de discutir tais condições (FURTADO; FURTADO, 2004, p. 22).

7 DIREITOS MORAIS E PATRIMONIAIS

7.1 Morais

A partir da exteriorização de uma obra, surgem os direitos vinculados ao seu criador que, de acordo com o artigo 22 da Lei Autoral 9.610/98 podem ser morais e patrimoniais.

As obras *intelectua is* (criações de espírito) possuem um valor econômico, tornando-se propriedade intelectual de seu criador, que estará incentivado diante às normas de proteção desses direitos. Os argumentos utilizados para estabelecer os direitos de propriedade sobre qualquer bem (propriedade, bens móveis, ou intangíveis) focam-se no direito moral que uma pessoa possui para colher os frutos do seu trabalho e na razão utilitária que vê na proteção autoral um estímulo para produzir obras intelectuais e assim, promover o bem-estar público (LEITE, 2004, p. 240).

O direito moral do autor do programa de computador está esculpido na manifestação de vontade em opor-se às alterações não autorizadas que prejudiquem a sua honra ou reputação, e no direito do autor de reivindicar a paternidade do programa, sendo tais direitos protegidos.

Bittar (1999, p. 33) define o aspecto moral como sendo “a expressão do espírito criador da pessoa, como emanção da personalidade do homem na condição de autor de obra intelectual estética”.

A Lei de Software, 9.609/98, em seu § 1º, artigo 2º, restringiu a previsão elencada na lei autoral, reconhecendo apenas os direitos morais fixados na Convenção de Berna.

A Lei de Software protege somente os direitos referentes à paternidade¹⁰ ou à autoria e à integridade¹¹ do programa de computador, sendo vedadas, conforme Ascensão, as “alterações que prejudiquem a obra ou atinjam a honra ou a reputação do autor” (ASCENSÃO, 1997, p. 142).

¹⁰ Paternidade é a autoria da obra intelectual, que se torna conhecida perante terceiros, através do nome, pseudônimo, abreviatura, marca ou sinal (LISBOA, 2005, p. 502).

¹¹ A integridade está relacionada com o direito que o autor possui à obra em sua integralidade ou com as modificações de seu interesse (LISBOA, 2005, p. 502).

Tarcisio Cerqueira (2000, p. 27) defende o direito à paternidade do programa de computador:

O direito à paternidade, sem qualquer expressão financeira, pode ser benéfico ao analista de sistemas, programador ou grupo de técnicos que participaram do desenvolvimento do programa, para efeito de seu currículo profissional, independente da discutível obrigatoriedade de menção do nome do autor no programa ou no meio físico que o armazena.

É o caso da obra coletiva, no qual o software é criado por uma equipe de desenvolvimento, por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, por exemplo, uma empresa que detêm no seu quadro de funcionários programadores e designers celetistas cujas contribuições se fundem numa criação autônoma.

Cumpra salientar que, nesses casos, salvo estipulação contratual, o direito autoral pertencerá ao empregador, uma vez que a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencional.

De acordo com os artigos 24 e 27 da Lei Autoral, 9.610/98, os direitos morais do autor são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

Wachowicz (2010, p. 137) acrescenta que “os direitos morais são personalíssimos. Sua transferência somente ocorrerá por *causa mortis* do autor a seus sucessores, no exercício do direito, mas nunca na autoria dos mesmos”, podendo reivindicar a paternidade a qualquer tempo.

7.2 Patrimoniais

Os direitos patrimoniais concedem ao titular dos direitos relativos ao programa de computador o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor do programa de computador, conforme o artigo 28 da Lei Autoral 9.610/98.

Desse modo, o autor¹² poderá explorar economicamente o software a partir da divulgação pública, obtendo vantagens sobre a criação intelectual, pois a ele é garantida a reserva desses direitos¹³.

¹² A palavra autor pode significar: a) criador intelectual; b) o titular originário; c) titular atual, ou seja, aquele à quem foi transferido os direitos da obra. (ASCENSÃO 1997, p. 69).

¹³ Neste sentido ver: (ALBUQUERQUE 2006, p. 477), (ASCENSÃO 1997, p. 156), (BITTAR 1999, p. 33).

O programa de computador para ser utilizado, comercializado, re-produzido, modificado, ou seja, para auferir proveito ou vantagem deste, deverá estar expressamente autorizado pelo titular dos direitos relativos ao programa.

Nessa linha de raciocínio o artigo 41 da Lei Autoral delimita o prazo de duração dos direitos patrimoniais em setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de falecimento do autor, obedecida a ordem sucessória da lei civil, e sua transmissão conforme Wachowicz (2010, p. 139) poderá ser total ou parcial, definitiva ou temporária.

Cumpra examinar, neste passo o juízo do Superior Tribunal de Justiça em decisão proferida acerca dos direitos patrimoniais que majorou o valor indenizatório por perdas e danos tendo em vista a possibilidade infinita de acessos ao software contrafaceado disponibilizado por rede¹⁴.

Em síntese, por meio do direito patrimonial, o detentor dos direitos referentes ao software busca a exploração econômica da obra. Esta exploração, por óbvio, não é conferida ao adquirente de uma licença, pois ele terá apenas uma cópia do software na versão completa e, caso essa circulação seja realizada por terceiros, sem a expressa autorização do titular dos direitos autorais, será cabível a devida indenização e a responsabilização do acusado na esfera penal.

É importante assinalar que a propositura de ação indenizatória por danos morais ou patrimoniais, ação civil *ex delicto*, independe da ação criminal, porém, havendo uma sentença penal condenatória transitada em julgado, esta valerá como título executivo judicial, pois, conforme a redação do artigo 387, inciso IV, do CPP, o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará um valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Entretanto, havendo sentença absolutória transitada em julgado, com decisão fundamentada nos incisos I, IV e VI, do artigo 386, do CPP, provando a inexistência do fato ou que o réu não concorreu para a infração penal ou existirem circunstâncias que excluam o crime a sentença fará coisa julgada na esfera civil, ou seja, à outra parte não caberá medida alguma para ressarcir o dano sofrido, mesmo surgindo novas provas não haverá possibilidade de ser intentada ação penal contra o mesmo acusado (RANGEL, 2009; TOURINHO FILHO, 2004).

¹⁴ REsp. 768.783.

8 TUTELA PENAL DOS SOFTWARES

A tutela penal do software, tendo em vista sua natureza jurídica como bem móvel, imaterial, amparado pelos direitos autorais, espécie inserida nos direitos à propriedade intelectual, já era amparada pelo Código Penal em seu artigo 184¹⁵, mais precisamente no Título III Dos Crimes Contra a Propriedade Imaterial, utilizando-se no *caput* a expressão “violar” como forma de delimitar a ação ilícita contra o objeto jurídico protegido, no caso os direitos de autor e os que lhe são conexos.

Prado reafirma que “no caso de violação de direitos autorais de autor de programas de computadores, incorrerá o sujeito ativo nas penas previstas pela Lei 9.609/98, não se enquadrando sua conduta naquela descrita no artigo 184 do Código Penal” (PRADO, 2010, v. 2, p. 505).

Os doutrinadores Nucci (2007) e Prado (2010) corroboram do entendimento de que legislador não fixou quais eram os direitos autorais, criando uma norma penal em branco, sendo necessária uma lei que o complementasse, especificando o bem jurídico e a ação criminosa, ou seja, necessita de complemento de outro ato normativo para qualificar a infração contra os direitos autorais, nesse caso as Leis 9.610/98 e 9.609/98 devem ser analisadas.

A regra geral já contida no sistema penal, em consonância com o princípio da especialidade, é aplicável no que a lei específica de software for omissa, pois a lei visa combater de forma mais eficaz o uso ilegal dos programas de computador e a violação dos direitos autorais conhecida como pirataria (ABRUSIO, 2006, p. 114).

O termo pirataria é conceituado por Orrico Junior (2004, p. 59):

Pirataria de Software é a prática ilícita, caracterizada pela reprodução ou uso indevido de programas de computador, legalmente protegidos, em outras palavras, é a reprodução ou utilização, não autorizada, de softwares de outrem, uma falsificação, enfim.

¹⁵ **Art. 184.** Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. **§ 1º** Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. [...]

A legislação não utiliza a expressão pirataria, entretanto a Lei Autoral 9.610/98 em seu artigo 5º, VII, traz a expressão contrafação como sendo a reprodução não autorizada da obra intelectual, “é a simples cópia do software em qualquer meio tangível, incluindo qualquer armazenamento por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido” e “não importa se a gravação não pode ser retirada da máquina, já que a simples fixação do software na memória interna já implica sua reprodução” (ORRICO JUNIOR, 2004 p. 136; WACHOWICZ, 2010, p. 81).

Como explanado anteriormente, a Lei de Software 9.609/98 normatiza a proteção aos direitos autorais dos programas de computador, sua comercialização e dentre outras providências estipula em seu artigo 12 as seguintes penalidades aos infratores:

Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa.

§ 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente:

Pena - Reclusão de um a quatro anos e multa.

§ 2º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.

A pena pode variar de 6 meses a 2 anos de detenção ou multa na forma simples e de 1 ano a 4 anos de reclusão sendo qualificada, além da aplicação de multa.

O artigo 12 tipifica de forma especial o ilícito penal, por esse motivo se sobrepõe ao Código Penal (ORRICO JUNIOR, 2004, p. 139). A Lei de Software especificou a violação, tendo aplicabilidade direta às infrações cometidas contra os direitos autorais dos softwares.

Mas não são somente essas as violações conforme enfatiza Tarcisio Cerqueira (2012, *online*):

Qualquer alteração no programa feita sem consentimento do autor, seja esta alteração a retirada ou substituição de trechos ou rotinas, ou telas, ou um acréscimo ou conjunto de acréscimos intercalados de

rotinas desenvolvidas, pelo próprio infrator ou por qualquer outra pessoa, com o propósito de adulterar, descaracterizar e tornar irreconhecível o programa original; o uso do programa de forma diversa daquela estipulada em contrato, ou, mesmo, inexistindo qualquer contrato, sem autorização expressa e prévia do autor; a simples tentativa de prática de quaisquer dos atos enumerados.

Contudo, há exceções quanto à violação dos direitos autorais dos softwares, não constituindo ofensa aos direitos do titular as situações estipuladas no artigo 6º da Lei de Software. São excludentes de tipicidade (BETANHO, 2002, v. 2, p. 290; ORRICO JUNIOR, 2004, p. 131-162). Essas exceções são exaustivas, caso contrário será do usuário o ônus de provar que foi autorizado pelo titular.

Nesse ínterim, a violação consiste em outros meios além da simples cópia ou reprodução, devendo aquele que adquiriu o software respeitar as cláusulas estipuladas na licença de uso e na cessão de direitos para não infringir qualquer direito autoral relativo à obra intelectual.

A estrutura do crime engloba determinados termos e procedimentos que serão abordados a seguir, mas sem o intuito de exaurir o tema condizente com a teoria do crime ou descrever aprofundamentos teóricos da sua concepção tripartite¹⁶.

9 SUJEITOS DO DELITO

Os sujeitos do delito e o objeto juridicamente tutelado são fatores determinantes para a composição de uma futura demanda judicial para a proteção dos direitos autorais dos softwares e penalização do infrator.

Wachowicz (2010, p. 97) explica:

No instante em que alguém viola este dever, o sujeito passivo, que era indeterminado, torna-se determinável. A partir de então, tem-se materializados os elementos essenciais da relação jurídica, quais sejam: o sujeito ativo (lesado), a coisa (o bem juridicamente tutelado), a relação de poder do sujeito ativo sobre a coisa (a tutela jurídica) e, por fim, o sujeito passivo determinável (violador).

¹⁶ Corrente majoritária que considera o crime como uma ação típica, antijurídica e culpável (PRADO, 2002; BITTENCOURT, 2002).

Na lição de Damásio de Jesus (2010, p. 41) e de Prado (2002, p. 500), o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e por se tratar de crime comum o tipo não exige nenhuma qualidade especial do autor do fato, bastando praticar o núcleo do tipo, violar.

O sujeito ativo do crime está ligado ao autor da ação criminosa. Partindo dessa premissa, podem-se aferir suas responsabilidades e estabelecer sua capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato, se é punível e a ele imputável (PIMENTA, 1994, p. 68-69).

Já o sujeito passivo será aquele que detêm o direito autoral, o titular do software, que poderá ser o próprio autor, criador da obra intelectual ou terceiro, no caso de transmissão total de direitos e no caso de falecimento, os herdeiros ou sucessores JESUS (2010), NUCCI (2007), PRADO (2010).

Nessa linha de raciocínio terá direito de ação o ofendido, titular do direito autoral, podendo inclusive recair sobre a pessoa jurídica nos casos de obras por ela organizadas ou adquiridas por meio de contratos de cessão de direitos. As pessoas jurídicas também possuem responsabilidade penal, estendendo-se a seus sócios-gerentes ou diretores, pois não poderá estar no polo passivo do processo criminal (réu), uma vez que a prática criminosa é própria da pessoa física (PIMENTA, 1994, p. 67-69).

Pimenta (1994, p. 68-69) assinala que

[...] as fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas, poderão exercer ação penal, devendo ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócio-gerentes (art. 37 do CPP), afirmando a responsabilidade penal passiva da pessoa jurídica, ou seja, poderá ter seus direitos violados e ser autora da ação penal.

Entretanto, “a empresa estrangeira somente terá legitimidade ad causam para ingressar com as medidas assecuratórias de direitos autorais quando se fizer representada em território nacional, com a sociedade devidamente constituída” (ABRUSIO, 2006, p. 119).

Desse modo aquele que se sentir violado nos seus direitos e demonstrar a titularidade do bem juridicamente protegido, terá legitimidade ativa *ad causam* para propor a ação penal, sendo privada, por meio de queixa-crime e se pública incumbirá ao Ministério Público a denún-

cia apontando o responsável. Lembrando que sua inobservância poderá acarretar a nulidade do processo por ilegitimidade da parte, conforme o artigo 564, II do CPP.

10 TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA

A tipificação da conduta se resume à ação positiva consciente e voluntária dirigida à finalidade de violação de direitos autorais dos softwares, pois, segundo Prado (2002, p. 505) e Damásio (2010, p. 42), o elemento subjetivo do tipo é o dolo direto ou eventual.

Existirá a tipificação penal do artigo 12 da Lei de Software com a utilização desautorizada do software, pois, como explanado anteriormente, a violação do direito de autor denominada de contrafação compreende diversas ações além da simples reprodução.

O núcleo do tipo, verbo que descreve a conduta, é “violar”, que significa infringir, ofender, transgredir, e direitos de autor consistem no interesse patrimonial e moral que envolve a obra intelectual.

A violação do direito autoral segundo Pimenta (1994, p. 76-77) divide-se em três gêneros de conduta delitiva: a) a que se efetua sem a intenção de lucro; b) a que busca o lucro e infringe o direito moral; c) a que busca a vantagem econômica, causando dano patrimonial.

O crime admite a tentativa, e para Pimenta é possível a forma culposa, como no caso do adquirente de cópia de programa de boa-fé (NUCCI, 2007, p. 112; PIMENTA, 1994, p. 82).

Damásio de Jesus (2010, p. 43) afirma que “é irrelevante que a obra intelectual seja reproduzida no todo ou em parte. É preciso que a reprodução seja desautorizada pelo autor”, ou seja, basta o descumprimento de uma cláusula do contrato de licença de uso ou qualquer utilização sem autorização expressa do autor para haver a violação.

Já nos §§ 1º e 2º do artigo 12 da Lei de Software há um elemento subjetivo específico¹⁷, a violação para fins de comércio, assim, se a reprodução desautorizada de software é realizada para fim diverso, o fato não se revestirá de tipicidade e não poderá ser imposta a qualificadora.

¹⁷ Segundo Damásio de Jesus (2010, p. 44-45), são “elementos que exigem, para sua ocorrência, um juízo de valor dentro do campo da tipicidade. [...] Tal expressão condiciona a tipicidade do fato e deve ser aferida pelo Juiz para punição do sujeito ativo”.

11 ITER CRIMINIS

No direito penal, *iter criminis*¹⁸, expressão derivada do latim que significa o caminho do crime, representa o conjunto de fases e ações tomadas pelo sujeito ativo até o cometimento do delito.

Cogitação é o plano mental do crime, porém ninguém pode ser punido por pensar, de acordo com o princípio da alteridade, o direito penal só se importa com o que atinge o outro. Desse modo, caso uma pessoa cogite a hipótese de fazer o download de softwares pela internet e reproduzi-los sem a autorização do autor, sua intenção maliciosa não terá efeito algum perante a esfera penal.

Atos preparatórios se realizam no mundo externo, são necessários para a prática do crime, mas não chegam a atacar diretamente o bem jurídico.

O ato preparatório pode ser caracterizado pela aquisição de um computador e de CDs graváveis que serão utilizados posteriormente pelo sujeito para a prática do delito de violação dos direitos autorais dos softwares.

Segundo Pimenta (1994, p. 80):

Nos atos preparatórios estão indefinidos quais são os objetivos a serem atingidos pelo agente, não podendo reagir o direito punitivo. Falta a tipicidade e a antijuridicidade, pontos fundamentais de um fato punível, não implicando num ataque direto ao bem penalmente tutelado.

Execução é quando ocorre o ataque direto ao bem jurídico, que normalmente coincide com a realização do verbo, no caso a expressão “violar direitos de autor”, disposta no artigo 12 da Lei de Software. Nessa fase, o sujeito, já em posse de todo o aparato necessário para o cometimento do delito, executa seu plano inicializando o download do software sem licença de uso.

Tentativa é quando, após iniciada a execução do plano, o sujeito não alcança a consumação por circunstâncias alheias à sua vontade.

¹⁸ “Complexo de atos, preparatórios e executórios, que levam à consumação do crime. É o caminho, o percurso do crime, o roteiro seguido pelo criminoso. Divide-se em duas fases: a interna, que é a cogitação, a preparação do delito; a externa, que inclui atos preparatórios, executórios e a consumação do crime.” (GUIMARÃES, 2000, p. 103)

A tentativa pode ou não resultar em lesão e ser interrompida após iniciada a fase de execução por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II, do CP). Nesses casos, salvo disposição em contrário, a pena pode ser reduzida de 1/3 a 2/3. Imaginemos o sujeito conectado a uma rede P2P¹⁹, e por razões de queda do servidor, ou seja, circunstância alheia à sua vontade, o download é interrompido.

A execução também pode ser interrompida pela vontade do agente, caracterizando a desistência voluntária, quando o agente desiste de continuar a execução ou o arrependimento eficaz, caso em que terminada a execução o agente realiza uma nova conduta que impede a consumação (art. 15, CP) devendo o infrator responder pelos atos já praticados, afastando a tentativa. Exemplificando, o sujeito continua conectado àquela mesma rede P2P, entretanto, reflete sobre as consequências penais que sofrerá caso seja flagrado em posse dos softwares sem licença de uso em seu computador e imediatamente desconecta da rede sem finalizar as transferências.

Há situações em que a consequência jurídica também causa a redução de pena de 1/3 a 2/3, porém não podem ser confundidas com a tentativa, é o caso do arrependimento posterior, que se aplica ao crime já consumado desde que presentes os requisitos estipulados no artigo 16²⁰ do Código Penal. Nessa situação, o sujeito já concluiu o download dos softwares sem licença de uso, reproduziu nas mídias (CDs), e simplesmente resolveu incinerar as cópias pirateadas.

Consumação – quando são realizados todos os elementos da definição legal, consoante artigo 14, inciso I do Código Penal.

A consumação ocorre com a efetiva violação, utilização não autorizada, da obra. No caso do § 1º, consuma-se pela reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio. Há penalização também de acordo com o § 2º quem vende, expõe

¹⁹ P2P são conexões ponto-a-ponto que não possuem um servidor central e utilizam diversos servidores espalhados pela rede. Os arquivos são compartilhados a partir do próprio computador do usuário conectado a rede. Alguns aplicativos conhecidos utilizados para essa finalidade são o Kazaa, GnuTella, e-Donkey, AudioGalaxy, Morpheus e BitTorrent, que possibilitam a troca de qualquer tipo de arquivo. (PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO, 2006, p. 33).

²⁰ Para essa redução de pena o crime deve ter sido cometido sem violência ou grave ameaça, deve haver a reparação integral do dano ou a restituição da coisa, por ato voluntário do agente e até o recebimento da denúncia ou queixa, pois a reparação após o recebimento é somente uma atenuante. (BRASIL, 1940).

à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador.

Na lição de Pimenta (1994, p. 80):

A consumação acontece quando caracterizar a lesão ou a ameaça ao bem jurídico como fruto da ação delituosa do agente. O núcleo da expressão que define a ação criminosa é violar. Portanto, qualquer utilização desautorizada de uma obra intelectual seria suficiente para caracterizar o ilícito penal. A ação é que determina o momento do crime, e não o resultado. O delito é material e efetiva-se com o resultado, ou seja, com a materialidade do crime, que no caso, é o produto da reprodução desautorizada da obra intelectual.

Ademais, poderá configurar crime permanente caso o software continue sendo utilizado de maneira ilegal, situação em que influenciará na contagem de prazo em eventual prescrição civil, pois será contado a partir do último ato, seja da reprodução ou utilização (NUCCI, 2007, p. 112; ORRICO, 2004, p. 136).

Seguindo essa linha de raciocínio, a mera reprodução ou utilização da obra, instalada sem licença de uso no computador ou adquirida por meio de download na internet, já consome o delito, independentemente do produto do crime ser utilizado para qualquer outra finalidade.

12 PROCEDIMENTO PROCESSUAL E INÍCIO DA AÇÃO PENAL

O procedimento processual a ser seguido foi organizado no Título II – Dos Processos Especiais, Capítulo IV – Do Processo e do Julgamento dos Crimes Contra a Propriedade Imaterial nos artigos 524 a 530 do Código de Processo Penal.

O rito especial descrito nos artigos 524 a 530 do CPP estão relacionados aos crimes que se processam por ação penal privada (art. 530-A, CPP) e dos artigos 530-B a 530H do CPP quando se tratar de ação penal pública condicionada ou incondicionada (art. 530-I, CPP).

A ação penal nos crimes de violação de direito autoral dos softwares proceder-se-á mediante queixa (Lei 9.609/98, art. 12, § 3º), salvo:

I - quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público;

II - quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo.

No caso do inciso II do parágrafo anterior, a exigibilidade do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, processar-se-á independentemente de representação (artigo 12, § 4º, Lei 9.609/98). Essas situações configuram a ação penal pública, cabendo ao Ministério Público propor a denúncia, havendo indícios de autoria e prova da materialidade.

No entendimento de Orrico Junior (2004, p. 165), “todos os crimes de violação de direitos autorais de programas de computador são crimes de Ação Penal Pública Incondicionada”, pois a comercialização ilegal de produtos pirateados provocaria danos diretos ao titular dos direitos autorais e indiretamente a sonegação fiscal e perda de arrecadação tributária, consoante demonstra decisão jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 2006.040339-0).

A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas (art. 41, CPP).

Mas é preciso ater-se a regra especial contida no artigo 13 da Lei de Software que exige para o prosseguimento da ação penal e as diligências de busca e apreensão a realização de vistoria. Partindo-se dessa premissa, o recebimento da queixa-crime ou denúncia nos crimes contra a propriedade intelectual ficará vinculada à prévia vistoria (Recurso Criminal n. 1998.009039-3, TJSC), podendo o juiz ordenar a apreensão das cópias produzidas ou comercializadas com violação de direito de autor, suas versões e derivações, em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando.

A diligência preliminar de vistoria seguida de busca e apreensão das cópias ilícitas dos softwares devem ser embasadas no *fumus bonis iuris* e no *periculum in mora* para a concessão da medida liminar *inaudita altera pars*, sendo que desta decisão caberá mandado de segurança, uma vez que os Tribunais não consideram o *habeas corpus* como via adequada por não gerar constrangimento à liberdade individual (ABRUSIO, 2006, p. 117).

Na lição de Abrusio (2006, p. 117):

O *fumus boni iuris* caracteriza-se na suspeita fundamentada do uso irregular dos softwares de propriedade do ofendido, enquanto o *periculum in mora* consubstancia-se pela existência de risco de prejuízo ao titular dos direitos autorais pertinentes, bem como pela possível ineficácia de vistoria posterior.

Além disso, convém enfatizar, apoiado na lição de Mirabete (2000, p. 322) e na corrente jurisprudencial (Apelação Criminal n. 2009.017632-0, TJSC), que as irregularidades muitas vezes são presenciadas em estabelecimentos comerciais, criando a desnecessidade de mandado judicial para a busca e apreensão diante o flagrante delito nos crimes permanentes.

Autorizada a vistoria prévia, o juiz nomeará dois peritos que verificarão a existência de fundamento para a apreensão, e quer esta se realize, quer não, o laudo pericial será apresentado dentro de 3 (três) dias após o encerramento da diligência (art. 527 do CPP).

Na hipótese de serem apresentadas em juízo informações que se caracterizem como confidenciais, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades, a teor do artigo 14, § 4º, da Lei 9.609/98.

Posto isto, para o início da ação penal nos crimes contra a propriedade imaterial as provas serão indispensáveis e no caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito²¹ (art. 525 do CPP).

Para Abrusio (2006, p. 118):

A lei impôs esta condição de procedibilidade de ação, no sentido da queixa ou denúncia serem instruídas com o resultado positivo da vistoria realizada, a fim de se evitarem que abusos ou equívocos na propositura de ação penal por crimes dessa natureza pudessem levar alguém, injustamente, ao constrangimento de um processo criminal.

²¹ “Corpo de delito ou *corpus delicti*, ou ainda *corpus criminis*, é o conjunto dos vestígios materiais deixados pelo crime. Assim, o exame de corpo de delito pode ser feito num cadáver, numa pessoa viva, numa janela, num quadro, num documento [...]” (TOURINHO FILHO, 1990, p. 220-221)

O prazo decadencial é de 6 meses para o oferecimento da queixa-crime, a contar da ciência da violação por parte do titular, porém, é preciso conciliar ao prazo limite de 30 dias da homologação do laudo pericial para a propositura da ação nos crimes contra a propriedade intelectual (ORRICO, 2004, p. 141), uma vez que nos casos de ação penal privada “não se admitirá queixa com fundamento em apreensão e perícia, se decorrido o prazo de trinta dias após a homologação do laudo” (DAMÁSIO, 2010, p. 50).

Exemplificando, caso o sujeito tome conhecimento da autoria no dia 10 de abril, há seis meses para ingressar com ação penal privada, porém, o laudo foi homologado em 15 de abril, computa-se 30 dias para fazer a queixa-crime, independentemente dos 06 meses, ou seja, caso não for oferecida a queixa-crime até 14 de maio ocorrerá a decadência.

Ocorrendo a prisão em flagrante poderá ser arbitrada fiança. Wachowicz (2010, p. 47), discorrendo sobre a possibilidade da prisão em flagrante, salienta que

[...] somente ocorrerá por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente ou se houver iminência de prática criminosa. Neste caso, para o relaxamento do flagrante, é facultado ao indiciado o pagamento de fiança, conforme prelecionam os artigos 332 e 322 do Código de Processo Penal.

Desse modo o réu terá o direito de aguardar o processo em liberdade, porém, vinculado ao termo de comparecimento a todos os atos do processo (art. 310, CPP). Lembrando que o crime de violação dos direitos autorais dos softwares é punido com pena de detenção, podendo o próprio delegado arbitrar o valor da garantia. Na hipótese de a fiança ser declarada sem efeito, ocorrer a extinção da ação penal ou a absolvição, o valor será restituído sem desconto (art. 337, CPP).

13 VALORAÇÃO DA PENA E CONDENAÇÃO

As condutas de violação dos direitos autorais dispostas no Código Penal (art. 184) e na Lei de Software (art. 12) foram penalizadas de modo diverso pelo legislador que delimitou no artigo 184, do CP, a pena de detenção entre 3 meses a 1 ano ou multa na forma simples e qualificada de 2 a 4 anos de reclusão mais multa, já no artigo 12, da Lei de Software, foi

estabelecida pena de 6 meses a 2 anos ou multa na forma simples e para a violação qualificada aplica-se a pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa.

Sob a ótica de Prado (2010, p. 504), a punição do artigo 12 é inconcebível, com “margens penais excessivamente elevadas”, pois a violação de programa de computador passou a ser mais severamente sancionada do que a violação de um livro, o que para ele “ofende, simultaneamente, os princípios da proporcionalidade e da humanização das penas, pois o bem jurídico é um só – direito autoral”.

Contudo, apesar das leis serem semelhantes sob o aspecto do gênero direito autoral, trazendo qualificadoras e penalidades equiparadas, tutelam bens jurídicos diversos, o artigo 12 da Lei 9.609/98 protege especificamente os programas de computador e o artigo 184 do Código Penal tem por objeto os direitos autorais e conexos, ambos os delitos podem ser considerados inexpressivos se conduzidos à esfera penal, senão vejamos:

14 POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – ARTIGO 89, LEI 9.099/95

Nos casos em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 ano, poderá ser proposta a suspensão condicional do processo aos acusados que não estejam respondendo processo ou que não tenham sido condenados por outro crime. Em caso de aceite da proposta o acusado será submetido a um período de prova por 2 a 4 anos, devendo cumprir algumas condições impostas pelo juiz, como por exemplo, a proibição de frequentar determinados lugares ou ausentar-se da comarca que reside.

15 IMPOSIÇÃO DE REGIME DE PENA DE DETENÇÃO – ART. 33, CP

Mesmo os delitos sendo cometidos na forma qualificada, no qual estipula pena de reclusão de 1 a 4 anos, o início do cumprimento de pena privativa de liberdade poderá ser em regime semiaberto (Súmula 269,STJ), cumprido em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, ou ainda em regime mais brando, o aberto, onde o sujeito trabalha em liberdade durante o dia e a noite se recolhe na casa de albergado, quando não fica recolhido na própria casa por não haver vagas, isso na hipótese de condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, observadas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

16 APLICAÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – ART. 44, CP

Nas condenações não superiores a 4 anos e que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por restritivas de direitos, ou seja, até mesmo nos casos de contrafação para fins de comércio.

Sendo aplicada pena igual ou inferior a 1 ano, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por multa ou por uma restritiva de direitos, caso superior a 1 ano a substituição pode ser feita por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. Em ambas as hipóteses, devem ser observadas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina se manifestou confirmando decisão de 1º grau nos termos do artigo 12, § 1º, da Lei de Software, por manter em estabelecimento comercial (*Lan House*) diversos computadores com softwares (jogos e sistemas operacionais) sem licença de uso, condenando o réu a cumprir 01 ano de reclusão, em regime inicialmente aberto, e a pagar 10 dias-multa no mínimo valor legal, substituindo e pena privativa de liberdade por restrições de direitos²².

17 SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – ART. 77, CP

A suspensão condicional da pena, *sursis*, pode ser aplicada no caso de condenação do réu a uma pena privativa de liberdade e que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 anos, poderá ser suspensão, por 2 a 4 anos, desde que o condenado não seja reincidente em crime doloso e que as circunstâncias judiciais sejam favoráveis.

Observa-se que o legislador não se preocupou em punir as condutas ilícitas relacionadas à violação dos direitos autorais, tanto é que poderá ser considerada uma conduta de menor potencial ofensivo e seu procedimento processual ser conduzido pelo Juizado Especial Criminal, com possibilidade inclusive de homologação de acordo para composição civil, o que acarretaria a renúncia ao direito de queixa ou representação posterior (art. 74, Lei 9.099/95).

²² SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2011.026336-9.

Outro ponto favorável ao infrator é possibilidade do Ministério Público propor ao acusado o benefício da transação penal antes da denúncia, acordo que o isentaria de responder a um processo penal e de imediato ser-lhe-ia aplicada multa ou pena restritiva de direitos, acarretando a extinção de punibilidade (art. 76, Lei 9.099/95).

18 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os softwares são equiparados às obras literárias, pois são colocados numa linguagem computadorizada, onde predominam características alfabéticas, numéricas e de pontuação, exigindo assim um trabalho altamente intelectual por parte de seu criador. Portanto, não restam dúvidas que essa criação é um bem jurídico imaterial, incorpóreo, susceptível de apropriação, devendo ser protegido pelos direitos de propriedade intelectual.

Com o desenvolvimento tecnológico, seguido pela expansão na produção dos softwares, tem-se percebido a necessidade de proteção aos seus titulares por meio do ordenamento que delimitou direitos, deveres, punições e criou rígidos critérios a serem respeitados pelas partes envolvidas na utilização dos softwares.

A duração da proteção aos direitos intelectuais dos softwares é de cinquenta anos e sua proteção independe de registro, pois a obra já terá o respaldo legal quando da sua exteriorização, ficando a critério do seu criador realizar tal procedimento. O registro é uma presunção relativa de paternidade e garante maior segurança ao autor dos direitos autorais, que em futura demanda judicial poderá provar sua titularidade.

Da exteriorização de uma obra emanam direitos de cunho moral e patrimonial, inerentes ao seu criador. O direito moral está ligado à manifestação de vontade do autor em opor-se às alterações não autorizadas que prejudiquem a sua honra ou reputação, no direito de reivindicar a paternidade e assegurar a integridade do software, sendo esse direito imprescritível. O direito patrimonial, buscado pelo titular dos direitos autorais do software, por sua vez, objetiva a exploração econômica da obra. Qualquer pessoa que tiver seu direito de autor violado poderá pleitear a indenização devida, uma vez que a responsabilidade civil independe da responsabilidade criminal,

A utilização dos softwares está vinculada aos contratos de licença de uso, onde o detentor dos direitos autorais do software concede uma cópia

ao usuário, que deverá utilizá-la dentro dos parâmetros previstos, uma vez que não terá direito algum de explorar o produto adquirido.

Pela análise da tutela penal dos softwares, verificou-se que a legislação impôs penalidades à violação dos direitos autorais dos softwares, entretanto não delimitou quais seriam esses direitos, criando uma norma penal em branco, devendo a Lei Autoral ser interpretada de forma conjunta com a Lei de Software.

O autor da prática delituosa será enquadrado no crime previsto no artigo 12 da Lei de Software, que estipula, para a conduta ilícita de violação a esses direitos autorais, denominada de contrafação ou pirataria de software, a pena de 6 meses a 2 anos de detenção ou multa na forma simples e de 1 ano a 4 anos de reclusão sendo qualificada, além da aplicação de multa.

O crime configura-se qualificado se a finalidade for a reprodução para fins de comércio, também sendo penalizado o sujeito que vender, expor à venda, introduzir no País, adquirir, ocultar ou ter em depósito.

A violação, de modo geral, engloba qualquer alteração, reprodução ou utilização que não tenha expressa autorização do titular da obra. Contudo, há exceções estipuladas no artigo 6º da Lei de Software, sendo permitida, por exemplo, a cópia do software, em um exemplar, armazenado em qualquer meio tangível (CD, pendrive, etc.), desde que tenha sido adquirida legalmente e com a finalidade de salvar o original.

Na violação dos direitos autorais dos softwares pode-se definir os polos envolvidos; o sujeito ativo, que é o autor da ação criminosa; o sujeito passivo, que é aquele que detêm o direito autoral e; o objeto juridicamente tutelado, que será sempre o direito autoral. Esses são fatores determinantes para a composição de uma futura demanda judicial para a proteção dos direitos autorais dos softwares e a consequente imputação de crime ao infrator.

Ao analisar o caminho do crime percorrido pelo sujeito ativo até a consumação, demonstraram-se algumas hipóteses que podem ou não atingir o bem juridicamente tutelado. Algumas, atípicas, sequer podem ser punidas, como a cogitação e os atos preparatórios. Outras refletem na aplicação da pena, gerando por vezes a redução, como na tentativa, onde o infrator, por motivos alheios ou não à sua vontade, não consuma o delito almejado. Entretanto, a consumação ocorrerá independentemente do objetivo a ser alcançado pelo infrator.

Nesse tipo de crime, a ação penal, como regra, é proposta mediante queixa-crime e, se praticados em prejuízo da administração pública direta ou indireta, envolver sonegação fiscal ou perda de arrecadação tributária, será ação penal pública, ficando o Ministério Público encarregado de promover a denúncia.

Demonstrou-se a importância do procedimento processual e suas peculiaridades, é o caso da busca e apreensão seguida do laudo pericial que irá fundamentar a acusação, embasando a devida apuração do infrator e o correto prosseguimento da demanda com o recebimento da queixa-crime ou denúncia.

A legislação, apesar de tipificar a conduta de violação dos direitos autorais dos softwares, não criou rígidas punições aos infratores, aliás, penalizou de forma mais branda com relação ao Código Penal, caracterizando por vezes, crime de menor potencial ofensivo.

Há uma banalização do crime contra os direitos autorais, o réu ao final de um processo crime provavelmente será absolvido; ou beneficiado com a suspensão do processo; ou será beneficiado com uma decisão inexpressiva perante a privação de liberdade; uma transação penal; ou *sursis* penal; ou ainda, caso a sentença seja condenatória acabará respondendo pelo crime em regime aberto; ou recebendo penas restritivas de direito ou multa, que normalmente se caracterizam pela prestação pecuniária a uma entidade com destinação social ou prestação de serviços à comunidade.

REFERÊNCIAS

ABRUSIO, Juliana Canha. A tutela penal do software. In: BLUM, Renato M. S. Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva; ABRUSIO, Juliana Canha (Orgs.). *Manual de direito eletrônico e internet*. São Paulo: Lex, 2006. p. 113-132.

ALBUQUERQUE, Adriana Haack Velho. A comercialização de software no Brasil: aspectos relevantes. In: BLUM, Renato M. S. Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva; ABRUSIO, Juliana Canha (Orgs.). *Manual de direito eletrônico e internet*. São Paulo: Lex, 2006. p. 473-487.

AMARAL, Francisco. *Direito civil introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ATHENIENSE, Alexandre. Análise jurisprudencial sobre contrafação de softwares. In: BLUM, Renato M. S. Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva; ABRUSIO, Juliana Canha (Orgs.). *Manual de direito eletrônico e internet*. São Paulo: Lex, 2006. p. 453-471.

BARBOSA, Denis Borges. *A proteção do software*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/77.doc>>. Acesso em: 21 maio 2008.

BETANHO, Luiz Carlos. Programas de computador (software). In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Orgs.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

_____. *Comentários ao art. 1º da lei de software*. 1998. [s.n.]. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/161.doc>>. Acesso em: 21 maio 2008.

_____. *Propriedade intelectual*. [200-?]. [s.n.]. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/ibmec2.doc>>. Acesso em: 21 maio 2008.

BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. Campinas: RED Livros, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito de autor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTENCOURT, César Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2008.

_____. *Decreto 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 18 nov. 2010.

_____. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 nov. 2010.

_____. *Decreto 75.699*, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886. Revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/10/decreto-75699.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

_____. *Decreto 1.335*, de 9 de dezembro de 1994. Altera a redação do art. 1º do Decreto 408, de 27 de dezembro de 1991, alterado pelo Decreto 695, de 8 de dezembro de 1992, que regulamenta o art. 3º da Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/D1335.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2008.

_____. *Decreto 2.556*, de 20 de abril de 1998. Regulamenta o registro previsto no art. 3º da Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/D2556.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

_____. *Lei 9.609*, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá

outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm>. Acesso em 10 out. 2011.

_____. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 30 ago. 2011.

_____. *Decreto 96.036*, de 12 de maio de 1988. Regulamenta a Lei 7.646, de 18 de dezembro de 1987, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador e sua comercialização no País, e dá outras providências. Senado Federal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=132086>>. Acesso em 20 maio 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 443119/RJ*. Recurso Especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Programa de computador (software). Natureza jurídica. Direito autoral (propriedade intelectual). Regime jurídico aplicável. Contrafação e comercialização não autorizada. Indenização. Danos materiais. [...]. Recorrente: NVL Software e Multimídia LTDA. Recorrido: Reinaldo de Paula Machado e outro. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 08 maio 2003. Disponível em: http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%28programa+de+computador+%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&data=%40DTDE+%3E%3D+20030508+e+%40DTDE+%3C%3D+20030630&b=ACOR>. Acesso em: 13 maio 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 768783/RS*. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Direito autoral. Programa de computador (software). Contrafação. Indenização. Danos materiais. Fixação. Lei 9.610/98. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Art. 21 do CPC. - [...]. Recorrente: EDIBA S/A Edificações e Incorporações Barbieri e outro. Recorrido: Microsoft Corporation e outros. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em: 25 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=software&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 19 maio 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 1942.

CERQUEIRA, Tarcisio Queiroz. *Manual de procedimentos: o contencioso civil e criminal pirataria e outros delitos*. Disponível em: <<http://www.tarcisio.adv.br/novo/index.php?pagina=lerartigo.php&id=34>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

_____. *Software: lei, comércio, contratos e serviços de informática*. São Paulo: Esplanada, 2000.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano: institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*. São Paulo: Saraiva, 1951. v. II, p. 74-75.

FERRARI, Alexandre Coutinho. *Proteção jurídica de software: guia prático para programadores e webdesigners*. São Paulo: Novatec, 2003.

FURTADO, Wilson; FURTADO, Cristine Schreiter. *Dos contratos e obrigações de software*. São Paulo: Iglu, 2004.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). *Dicionário jurídico*. São Paulo: Rideel, 2000.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *TRIPS*. Rio de Janeiro: INPI, [200-]. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/pasta_acordos/trips_html>. Acesso em: 10 jan. 2008.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal Parte Especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

LUPI, André Lipp Pinto Bastos. *Proteção jurídica do software: eficácia e adequação*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Álvaro Borges. *Novos direitos: direito de informática e a tributação de programa de computador*. Florianópolis: Momento Atual, 2002.

ORRICO JUNIOR, Hugo. *Pirataria de software*. São Paulo: MM Livros, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Elizabeth Dias Kanthack. *Proteção jurídica do software no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

PEREIRA, Ricardo Alcântara. Breve introdução ao mundo digital. In: BLUM, Renato M. S. Opice (Coord.). *Direito eletrônico: a internet e os tribunais*. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 23-192.

PIMENTA, Eduardo S. *Dos crimes contra a propriedade intelectual*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994.

POLI, Leonardo Macedo. *Direitos de autor e software*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

PRICEWATERHOUSE COOPERS. *Lei do software e seu regulamento*. São Paulo: Atlas, 1999.

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO. *Crimes cibernéticos: manual prático de investigação*. São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.mpdf.gov.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/TAC/Manual_de_Crimes_de_Inform%C3%A1tica_-_vers%C3%A3o_final2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Civil n. 70020205704*. Propriedade Intelectual. Direito Autoral. Software. Utilização Sem Licença. Indenização. Valor. 1. A utilização de software sem licença de uso ou nota fiscal de aquisição configura a contrafação ou reprodução não autorizada e a violação dos direitos autorais, dando ensejo à indenização nos termos da lei. [...]. Apelante: ERMAQ Peças e Acessórios para máquinas e costura LTDA. Apelado: Microsoft Corporation. Rel. Marilene Bonzanini Bernardi. Julgado em: 7 maio 2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 15 maio 2008.

ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 2007.047997-6*. Ação de Indenização por Violação de Direitos Autorais [...] alegação de que as demandantes não comprovaram a reciprocidade legislativa entre Brasil e Estados Unidos da América. Dispensabilidade. Países signatários da Convenção de Berna [...] Apelado: Microsoft Corporation. Rel. Des. Nelson Schaefer Martins. Julgado em: 10/01/2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/servletArquivo?cdProcesso=01000AIGY0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4022119&pdf=true>>. Acesso em 9 abr. 2012.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Recurso Criminal n. 1998.009039-3*. Propriedade Intelectual. Violação de Direito de Autor de Programa de Computador. Queixa-Crime Desprovida de Prévia Vistoria (art. 13 da Lei 9.609/98). Não recebimento. Decisão mantida. Nos crimes contra a propriedade intelectual, como no caso de cópia ilegal de software (Lei 9.609/98), o recebimento da queixa-crime fica vinculado à prévia vistoria (art. 13). Des. José Roberge. Julgado em: 8 setembro 1998. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaAv.do?q=software&ps=20&fct=classe_facet:Recurso%20Criminal&categoria=acordao&categoria=recurso&radio_campo=ementa>. Acesso em 9 abr. 2012.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Criminal 2011.026336-9*. Apelação Criminal. Crime Contra a Propriedade Intelectual de Programa De Computador. Art. 12, § 1º, da Lei 9.609/98. Sentença Condenatória. Irresignação defensiva. Acusado que reproduz programas de computador para

fins de comércio, sem autorização do autor. Utilização não licenciada que enseja perda de arrecadação tributária. Legitimidade ativa do ministério público (art. 12, § 3º, II, da Lei 9.609/98). [...] Autor: Ministério Público. Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann. Julgado em: 29/09/2011. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/servletArquivo?cdProcesso=01000ILV00000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3823544&pdf=true>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Criminal n. 2006.040339-0*. Crime Contra a Propriedade Intelectual – Art. 12, § 2º, da Lei 9.609/98. Acusada que expõe à venda compact disc's com programas de computador falsificados – conduta que enseja perda de arrecadação tributária – legitimidade ativa do Ministério Público. Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Julgado em: 12/05/2009. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=010008YDL0000&nuSeqProcessoMv=64&tipoDocumento=D&nuDocumento=1547532>>. Acesso em: 9 abr. 2012.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Criminal n. 2009.017632-0*. Apelação Criminal. Crime contra a propriedade intelectual. Violação de direito autoral (art. 184, § 2º, do CP). Sentença condenatória. Recurso da defesa. [...] Alegação de mandado genérico. Não ocorrência. Ação policial precedida de autorização judicial. Ocorrência de crime permanente em estabelecimento comercial. Desnecessidade de autorização judicial para apreensão. Configuração de flagrante delito. Rel. Des. Marli Mosimann Vargas. Julgado em: 15 dezembro 2009. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000DSWW0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2095504&pdf=true>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SETTE, Luiz Augusto Azevedo. Dados sobre a proteção jurídica do software no Brasil. In: BLUM, Renato M. S. Opice (Coord.). *Direito eletrônico: a internet e os tribunais*. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 611-628.

VELLOSO, Fernando de Castro. *Informática: conceitos básicos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

_____. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 5.

WACHOWICZ, Marcos. Os elementos que integram a noção jurídica do software. In: KAMINSKI, Omar (Org.). *Internet legal: o direito na tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 131-136.

_____. *Propriedade intelectual do software & revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2010.

NOTAS INTRODUTÓRIAS A UM ESTUDO DO DIREITO DE REPRODUÇÃO DE OBRAS AUTORAIS NO AMBIENTE DIGITAL

Alexandre Ricardo Pessler

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFPR). Pesquisador Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI-UFPR). Consultor da UNESCO em gestão coletiva de direitos autorais no ambiente digital. Professor do curso de Pós-Graduação em Propriedade Intelectual e Comércio Eletrônico da Universidade Positivo (UP).
pessler@gmail.com

RESUMO: O direito de reprodução é muitas vezes confundido com o próprio núcleo da proteção concedida pelo direito autoral (especialmente no sistema anglo-saxão do *copyright*). O controle da cópia (e da circulação) da obra, historicamente, serviu como *benchmark* para aferição de danos em casos de contrafação, muitas vezes utilizando o número de exemplares contrafeitos como parâmetro indenizatório. As primeiras legislações mundiais sobre o tema conferiam ao titular exatamente o exclusivo temporal da reprodução, da cópia. A Constituição brasileira outorga aos autores “direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”. Entretanto, há que se estabelecer uma nítida distinção entre o objeto de proteção do exclusivo de autor e seus conexos – a obra artística, científica ou literária – e a reprodução de seu suporte material, mero veículo para a obra protegida. São direitos autônomos: tanto assim o é que o direito de reprodução somente passa a integrar a Convenção de Berna quando da Conferência de Estocolmo, em 1967. Mas no ambiente digital, nos deparamos com um fenômeno que coloca em cheque tais conceitos, já que verificamos a desmaterialização do suporte: uma obra passa a ser representada por uma sequência numérica de zeros e uns; a cópia e o original se confundem. Temos as reproduções tecnicamente necessárias para o funcionamento (*caches*, visualizações, etc.); e nos deparamos com casos cada vez mais complexos, como a utilização de arquivos em servidores remotos (nuvem), *streaming* e afins, que lançam desafios de hermenêutica nas tentativas de adequar os novos fatos a uma lógica jurídica nascida na tradição industrial, baseada no controle físico da circulação da cópia. Assim, o direito de reprodução não representa um *benchmark* adequado para controle dos direitos autorais quando imerso no ambiente digital, e de que medidas tecnológicas inibitórias da cópia são não apenas ineficazes mas também contra-producentes, já que inibem também usos legítimos; e assim, este direito perde sua principal função, sendo necessária portanto a identificação de um novo *benchmark* balizador para o tema, qual seja, o aproveitamento econômico das obras autorais.

Palavras-chave: Ambiente digital. Direito de reprodução. Utilização econômica.

1 INTRODUÇÃO

Informação, conhecimento e cultura são centrais para a liberdade e o desenvolvimento humano. A forma como são produzidos e trocados

em nossa sociedade afeta criticamente nossa visão do mundo como ele é e como poderia ser; quem decide essas questões; e como nós, como sociedades e governos, vimos a entender o que pode e o que deve ser feito. Assim, parece claro que, numa economia do conhecimento, os investimentos serão também orientados para a criação do conhecimento. Este conhecimento vai se refletir nos novos produtos e processos, mas também servirá para a construção de novos artefatos culturais (como livros, filmes, imagens e músicas). Ao contrário de seus congêneres distribuídos na economia de mercado, as obras produzidas no ambiente digital não demandam insumos físicos para sua circulação; a internet trouxe consigo a virtualização do conteúdo (a obra artística, a produção científica, os recursos educacionais), sem perda de qualidade.

O estado natural de qualquer mídia digital é sua abertura à manipulação, cópia, alteração e edição. Esta falta de “rigidez” beneficia usuários e colaboradores ao tornar as obras inerentemente abertas a melhorias e individualizações. Por outro lado, os limites existentes nas legislações nacionais, em sua maioria, presumem que as obras não são facilmente duplicadas, alteradas, reeditadas ou mantidas indefinidamente em poder do usuário; e verter tais considerações para o ambiente digital requer que estas sejam codificadas nos pontos de acesso ou na própria mídia caso deseje se restringir seu uso. Estas restrições (DRMs) são geralmente “hackeáveis” e incompletas, além de tolher usos legítimos (ERWIN, 2008, *on line*); por um lado, não são eficazes em caso de má-fé, e por outro restringem atividades necessárias.

Por que é importante encorajar a disseminação do conhecimento? O que desejamos que o público seja capaz de fazer com tais obras, que justifique pagamentos aos autores para criá-las e torná-las disponíveis? O público deve ser capaz de lê-las, ouvi-las e assisti-las; deve ser capaz de aprender com elas; de extrair fatos e ideias, torná-los seus, e construir a partir deles. Esta resposta nos leva a outra questão: quais seriam as “unidades de compensação” de direito autoral que consideramos capazes de providenciar incentivos para a criação e disseminação, ao mesmo tempo em que preservam os direitos do público de usar as obras.

Alguns autores, como Jessica Litman (1996, p. 75), pugnam pelo abandono da cópia como *benchmark* útil: a cópia é central para todos os usos no ambiente digital, diferente do meio físico. Além de afastar dos titulares de direitos uma ferramenta com grande potencial de abuso (*over-reaching*), abandonar o direito de reprodução em favor de um direito de exploração comercial teria o benefício de conformar a lei de forma mais próxima às expectativas do público, o que facilitaria sua exequibilidade

e tornaria os argumentos sobre os benefícios da propriedade intelectual mais atraentes. No ambiente pré-digital, o direito autoral fundado no controle da cópia era percebido pelo público como algo relativo aos usos comerciais de uma obra; de modo geral, as pessoas supõem que a lei de direitos autorais incorpora uma distinção entre comportamentos comerciais e não comerciais. Em outras palavras, para a percepção leiga, fazer dinheiro usando obras de terceiros é uma infração, enquanto usos não comerciais são liberados (a menos que tais usos promovam “coisas terríveis” relativas ao mercado para aquela obra).

Assim, torna-se necessária uma investigação perfunctória do direito de reprodução – sua origem, seu estatuto legal, sua posição em relação aos direitos autorais (central no sistema do copyright) – e seus modos de aplicabilidade no ambiente digital, já que praticamente todos os usos possíveis de uma obra digitalizada envolvem, em maior ou menor proporção, alguma espécie de reprodução, e em que medida é possível (ou mesmo desejável) uma ampliação dos limites impostos a tal direito. Podemos dizer que o direito de reprodução é de fato um acessório do direito autoral, de caráter utilitarista? Caso positivo, como ele se aplica ao meio digital?

Os bens intelectuais estão presentes nas nossas atividades mais triviais e, com a revolução nas comunicações, sua importância só faz aumentar. A sociologia, ao analisar as interações globais entre empresas e pessoas, aponta uma inédita compressão do espaço e do tempo pelas tecnologias da informação, uma intensificação das relações sociais em escala mundial. A globalização valoriza mais como atividades econômicas principais, na sociedade pós-industrial, a ciência, informação e conhecimento, do que a produção de bens e o oferecimento de serviços (GIDDENS, 1993, p. 527-528). Essas transformações sociais, que partem da tecnologia e também dirigem as modificações tecnológicas, têm efeitos sobre o direito, sobre a política e sobre as relações de poder: “uma nova sociedade emerge se e quando uma transformação estrutural pode ser observada nas relações de produção, nas relações de poder, e nas relações de experiência” (CASTELLS, 1999, p. 12).

A mudança social decorre de um meio tecnológico que converte a capacidade de investigar e gerar conhecimentos em força produtiva direta. Isso quer dizer que as informações ficam mais fluidas, mas seu fluxo, ou seja, o acesso a elas, toma direções – definidas *in ultima ratio* pelo Direito. A proliferação de computadores, comparável com a da energia elétrica durante a Segunda Revolução Industrial, não melhora apenas as condições físicas de trabalho para toda a sociedade. O computador, com sua capacidade de armazenamento, sistematização, consulta e manipulação dinâmicas

das informações, não é só um instrumento de precisão, mas uma lente de aumento sobre a capacidade intelectual do ser humano.

A consequência direta deste fato é que artefatos culturais como músicas, livros e filmes, uma vez digitalizados e disponibilizados na rede, tornam-se prontamente acessíveis para todos aqueles nela conectados – a não ser que sejam criadas barreiras artificiais que impeçam sua difusão. Como diz o Prof. Ascensão (2002, p. 107), “esta disponibilização cria problemas jurídicos muito significativos, cujo debate passou para a ordem do dia”. E continua:

A inovação tecnológica permite uma explosão da informação sem precedentes e a sua colocação em termos de quantidade, rapidez e fidedignidade à disposição do público. Mas perante isto, pergunta-se se não estamos assistindo à *morte do Direito de Autor*. O que interessaria seria a circulação sem peias das mensagens; e o Direito de Autor surge como um obstáculo, primeiro à introdução de mensagens na rede, depois à disponibilidade por todos os operadores concorrentes. [...]

Teoricamente, é o autor quem é protegido. “Na realidade, a proteção beneficia cada vez mais abertamente a empresa; ou até a beneficia exclusivamente, como no caso do direito *sui generis* sobre bases de dados” (ASCENÇÃO, 2002, p. 119).

Cadeados digitais (DRM), ferramentas usadas para tentativas de bloqueio de cópias, muitas vezes ignoram limites e exceções em prol do exclusivo. É famoso o caso da empresa Sony, que instalou *rootkits* em CDs de artistas de seu *casting*, um *software* que permitia que a Sony tivesse acesso remoto aos computadores dos usuários de seus produtos.

O argumento central de sustentação do exclusivo de direito autoral é que ele protege a inovação – e isso é bom para a sociedade; se não houver alguma proteção para novas obras, muitas delas não serão criadas. Mas o surgimento do novo sempre representa uma ameaça aos interesses constituídos e provoca sua reação, já que a novidade tende a suplantar o *status quo* vigente e impor seus próprios valores. A intensidade desta reação dependerá do poder existente e dos instrumentos disponíveis para sua autopreservação. Este fato se verifica quando se analisa o discurso dos representantes da indústria do entretenimento, desde o início do século XX, quando confrontados com inovações que alterem o controle sobre a distribuição do conteúdo, sistematicamente exigindo (e obtendo) maior proteção legislativa.

2 INOVAÇÃO E REAÇÃO

Quando surgiram as máquinas reprográficas, nos anos 70, a reação veio na forma de processos legais. No mais famoso deles, uma editora de publicações de medicina (Williams & Wilkins) processou o governo americano por permitir cópias de artigos técnicos na Biblioteca Nacional de Medicina e no Instituto Nacional de Saúde americanos. Os tribunais entenderam que o uso das fotocopiadoras constituía uso justo (*fair use*), elemento da doutrina anglo-saxã que constitui limite ao *copyright*. No paradigmático caso “Betamax” (Sony vs. Universal), examinado pela Suprema Corte norte-americana, também se tentou condenar uma tecnologia de cópia (sem sucesso). A mesma tecnologia que se tornou, anos mais tarde, salvadora dos estúdios de *Hollywood*, graças ao sucesso das fitas de vídeo e às generosas rendas dali advindas. Tal decisão reconhece que as leis de direito autoral não são feitas para desencorajar ou controlar a emergência de novas tecnologias, inclusive (talvez especialmente) aquelas que ajudam a disseminar informações e ideias com maior alcance ou com mais eficiência.

O direito autoral, de cunho constitucional, deve ser interpretado sempre em equilíbrio necessário com os demais direitos constitucionalmente previstos, entre os quais os direitos à cultura e à educação. Privilegiar determinado setor da economia por meio do exclusivo só se justifica na medida em que tal privilégio reverta para o bem público. De um lado, há o direito do criador; direito constitucionalmente atribuído de utilização, equiparado ao de propriedade – inclusive no tocante à sua função social. De outro, da sociedade e de seus membros, os direitos à educação, pesquisa, cultura e comunicação, todos cruciais para a interação sociocultural e para a própria formação da pessoa e construção de sua dignidade (SOUZA, 2009, p. 70).

Tais medidas políticas repressoras interferem com interesses sociais valiosos como a livre iniciativa e o direito à comunicação, e principalmente a circulação da informação. A conectividade da sociedade, bem como a digitalização dos conteúdos, traduz o ingresso numa nova fase do capitalismo pós-industrial, no qual os recursos de informação, conhecimento e inteligência são os insumos mais valorizados, convivendo num esquadro jurídico traçado para atender outras necessidades, típicas de um ambiente de circulação física de cópias. Diz Oliveira Ascensão (2008, *online*):

Seja o caso da faculdade de reprodução. Consolidou-se um movimento de extensão, que levou a abranger nesta, primeiro a fixação ou gravação (portanto, já não só a cópia, mas a própria formação da matriz), depois a estendê-la a reproduções meramente tecno-

lógicas, até invisíveis aos sentidos humanos e que portanto não facultam por si qualquer disfrute. Seja o caso das reproduções no interior do computador, que são diferentes da apresentação ou display, que essa sim, pode ser objeto de comunicação ao público. Quer dizer, o Direito Autoral estende-se ao próprio funcionamento interno do equipamento. Mas essa extraordinária ampliação, impensável para o copyright realístico inicial, não poderia deixar de exigir simultaneamente a demarcação das restrições adequadas a estabelecer o regime que permita o aproveitamento social dos novos meios. Um novo ambiente exige um novo Direito. Mas não aconteceu assim, criando-se um grande desequilíbrio entre as faculdades asseguradas a quem cabe o direito e a operação dos novos meios, dum lado, e do outro os interesses coletivos ou os interesses privados dos usuários.

3 INFORMAÇÃO E CONHECIMENTO

Vivemos numa sociedade no qual o conhecimento é fator de produção, de geração e de distribuição de poder e riqueza. Em 1945, Friederich Hayek, economista austríaco que ganharia o Prêmio Nobel de Economia (1974), publicou artigo com o título “O Uso do Conhecimento na Sociedade” (*The Use of Knowledge in Society*). Nesse texto, Hayek (1945, p. 519-530) apontou que o complexo de decisões inter-relacionadas relativas à alocação dos recursos disponíveis na economia deveria estar baseado no conhecimento. Assinalou ainda que o sistema econômico mais eficiente seria aquele que exercesse o uso mais pleno do conhecimento existente.

Sustentou também que o conhecimento científico não constituía certamente a soma de todo o conhecimento, e que era importante considerar a existência do conhecimento não organizado, referente à circunstâncias particulares de tempo e espaço, que resultava particularmente significativo para obtenção da eficácia desejada. Para Hayek, um dos principais problemas da política econômica estava justamente dado pela necessidade de determinar qual seria a melhor forma de utilizar o conhecimento disperso na população (MONTUSCHI, 2001, p. 2). Os argumentos utilizados por Hayek em sua defesa do sistema de preços como o mais adequado para comunicar a informação dispersa e assegurar a sobrevivência de uma sociedade baseada na divisão do trabalho constituem a base para a compreensão de fenômenos sociais atuais. A globalização valoriza mais como atividades econômicas principais, na sociedade informacional, a ciência, informação e conhecimento, do que a produção de bens e o oferecimento de serviços.

Manuel Castells (1999) estabelece um paralelo entre os conceitos de “informação” e “informacional”, e os termos “indústria” e “industrial”, já que uma “sociedade industrial” (um termo comum na tradição sociológica) não é apenas uma sociedade em que há indústrias, mas uma sociedade em que as formas sociais e tecnológicas de organização industrial permeiam todas as esferas de atividade, começando com as atividades predominantes localizadas no sistema econômico e na tecnologia militar e alcançando os objetos e hábitos da vida cotidiana:

Por exemplo, uma das características principais da sociedade informacional é a lógica de sua estrutura básica em redes, o que explica o uso do conceito de “sociedade em rede” [...]. Contudo, outros componentes da “sociedade informacional”, como movimentos sociais ou o Estado, mostram características que vão além da lógica dos sistemas de redes, embora sejam muito influenciados por essa lógica, típica da nova estrutura social. Dessa forma, a “sociedade em rede” não esgota todo o sentido de “sociedade informacional”. (CASTELLS, 1999, p. 46)

A esta nova urdidura do tecido social, em prol de uma nova forma de organização das sociedades com evidente base tecnológica, Castells denomina de Sociedade Informacional, posto que o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder, devido às novas condições tecnológicas surgidas neste período histórico. Como no caso da sociedade industrial, a Sociedade Informacional partilha traços estruturais comuns, em todo o mundo: fundamenta-se na geração de conhecimento e no processar da informação, com a ajuda das tecnologias de informação baseadas na microeletrônica; organiza-se em rede; as suas principais atividades estão interligadas à escala global, funcionando como uma unidade em tempo real, graças à infraestrutura de telecomunicações e transportes.

Mas, para se fazer uso de tais informações, é necessário que elas existam, que sejam conhecidas e que se encontrem disponíveis (WACHOWICZ, 2009, p. 40). A informação “não se estoca”: uma vez comunicada, uma vez que tenha alcançado seu efeito útil, seu valor degrada-se quase instantaneamente (DANTAS, 2002, p. 142). Neste sentido, uma biblioteca não contém informação, mas livros, tanto quanto uma garagem contém carros, e não

locomoção. Ou ainda: computadores não processam informações, e sim dados (SEGAL, 2001, p. 72). Mas algumas dimensões da informação podem ser preservadas e estocadas. Os documentos de patentes incorporam informações técnicas, os livros incorporam conhecimento artístico e científico: existe um estoque de informação e o armazenamento desta informação tem valor (BARBOSA, 2009, p. 172).

Para ganho de eficácia do sistema, é fundamental que haja circulação das informações armazenadas, aumentando assim a probabilidade de geração de conhecimento, já que a informação inerte não possui valor (um livro perdido numa estante, sem ser consultado, não dá a resposta para o problema estudado). O acesso, portanto, é fator tão fundamental quanto a própria informação; sem o acesso, a informação não cumpre seu papel.

Oliveira Ascensão (ainda que optando pela nomenclatura de Sociedade da Informação) afirma, quanto a este novo paradigma social, serem seus elementos parcelares os programas de computadores, circuitos integrados, bases de dados eletrônicas, e a utilização de obras por computador; e que “a base universal de todos estes fenômenos é a digitalização. É esta que permite o aparecimento e utilização de novos bens. [...] Mas a Sociedade da Informação não vive só de novos produtos. É essencial a disponibilidade de veículos ou meios de comunicação aperfeiçoados, [...], ideal [...] expresso na comunicação que se realizaria não apenas de um para vários, sem interatividade, como na radiodifusão, ou de um para um com interatividade, como no telefone; mas de todos para todos, com interatividade” (ASCENSÃO, 2002, p. 67-68).

4 INTERAÇÃO E ABERTURA DAS OBRAS

Sem dúvida, a habilidade ou inabilidade de as sociedades dominarem a tecnologia e, em especial, aquelas tecnologias que são estrategicamente decisivas em cada período histórico, traça seu destino a ponto de podermos dizer que, embora não determine a evolução histórica e a transformação social, a tecnologia (ou sua falta) incorpora a capacidade de transformação das sociedades, bem como os usos que as sociedades, sempre em processo conflituoso, decidem dar ao seu potencial tecnológico (ASCENSÃO, 2002, p. 45). Entretanto, a quimera agora anunciada possui uma característica muito sua, muito peculiar. Pela primeira vez, ela responde; a publicação se dá *many-to-many*.

Os “usuários” do sistema são também seus motores, são os criadores do conteúdo¹, da compostagem criativa que será consumida, digerida e reciclada para a geração de mais conteúdo. A proliferação de computadores ocorrida nas últimas duas décadas, comparável com a da energia elétrica durante a Segunda Revolução Industrial, não melhora apenas as condições físicas de trabalho para toda a sociedade. O computador, com sua capacidade de armazenamento, sistematização, consulta e manipulação dinâmicas das informações, não é só um instrumento de precisão, mas uma lente de aumento sobre a capacidade intelectual do ser humano. O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação na geração de mais conhecimento. As nações, por questões estratégicas de crescimento, precisam desenvolver políticas de informação fazendo chegar o conhecimento necessário aos que dele precisam para desenvolver pesquisas e produzir novas informações (WACHOWICZ, 2002, p. 87).

Os limites legais para o uso de obras protegidas pelo direito autoral sem permissão de seu titular (como os dispostos no artigo 46 da Lei 9.610/98) foram considerados por muito tempo como sendo taxativos pela doutrina especializada, e as circunstâncias para sua aplicação são suficientemente ambíguas para impedir seu uso, pelas razões citadas acima. Mas recente acórdão do STJ expressamente determinou a interpretação extensiva do mesmo artigo 46, alertando para a aplicabilidade direta de acordos e convenções internacionais sobre o tema, em especial a Convenção de Berna e o Acordo TRIPS, os quais, por força do artigo 5º parágrafo terceiro da Constituição Federal, são equivalentes à emendas constitucionais. Ambos os instrumentos contêm previsões genéricas de limites e exceções aos direitos autorais (mecanismo conhecido como “regra dos três passos”). O acórdão em questão (REsp n. 964.404 - ES (2007/0144450-5), julgado em 15/03/2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino) assim dispõe:

RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA.

¹ Eric Schmidt, CEO do Google, afirmou na conferência *Techonomy*, em agosto de 2010, que a cada dois dias o mundo gera mais informação do que desde os primórdios da humanidade até 2003. “*The real issue is user-generated content*” (“O problema real é o conteúdo gerado por usuários”) disse Schmidt, citando fotos, mensagens de texto e *tweets* como fontes de tanta informação.

I - Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo o Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita.

II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do artigo 46 da Lei 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.

III - O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.

III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos (*'three step test'*), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS.

IV - Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais “não conflita com a utilização comercial normal de obra” e “não prejudica injustificadamente os interesses do autor”.

V - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

Os tribunais têm começado a reconhecer que os direitos fundamentais de liberdade de expressão (tais como os dispostos no artigo 10 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais²) podem atuar como constritores externos ao âmbito dos direitos autorais. O sistema anglo-saxão de *copyright* adota cláusula aberta de *fair use* para o trato dos limites, propondo testes jurisprudenciais para determinar o limite jurídico da proteção exclusiva. Landes e Posner (2003,

² **Art. 10.** Liberdade de Expressão – Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou transmitir informações ou ideais sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

O exercício destas liberdades, porquanto implica em deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

p. 154) falam que, de forma geral, a cópia que é complementar à obra protegida (como pregos são complementos de martelos) constitui *fair use*, mas aquela que substitui a obra (como parafusos substituem pregos) é infringente. O sistema do *fair use* tem inegáveis vantagens, pois é um sistema maleável, que permite a adaptação a circunstâncias mutáveis.

O nosso sistema de limites cria o paradoxo de responder a uma revolução (informática) com rigidez acrescida; “lamentavelmente, um sistema que quase se reduz a uma cláusula geral e a decisões jurisprudenciais é intransponível para um sistema de direito romanístico, que repousa em previsões legais. Temos de procurar aperfeiçoar o nosso sistema, em vez de cultivar a ilusão que tudo se resolve importando um modelo alheio” (ASCENSÃO, 2008, *on line*).

Em paralelo com esta sinalização pelos tribunais superiores de que, de fato, o direito autoral não é uma ilha, mas um ramo do Direito que deve estar integrado ao ordenamento, a internet trouxe consigo a virtualização da obra artística, a cópia digital, sem perda de qualidade. A fronteira entre a cópia e o original se dilui, já que tudo se restringe a *strings* de *bits*, sequências de zeros e uns. Logo, a lógica econômica não é mais aquela da escassez, mas sim a do compartilhamento: o custo de duplicação do artefato cultural cai exponencialmente, tendendo a zero – possibilitando, em tese, sua circulação de forma acentuada. Na mesma medida, caem também as possibilidades de fiscalização e controle da reprodução, já que muitas vezes tal se dá fora do âmbito comercial, de modo caseiro. A desmaterialização do suporte traz profundas modificações no modo não apenas como os indivíduos se relacionam com tais artefatos culturais (e com a própria tecnologia), mas também apresenta forte impacto na dinâmica de transformação da sociedade de informação. Os postos de emprego estão evoluindo com rapidez – enquanto se extinguem setores inteiros de “atravessadores informacionais”, ao mesmo tempo são criadas novas funções e formas de negócio inéditas.

Um dos principais expoentes acadêmico atual das relações entre o Direito e a Sociedade Informacional é o advogado e professor americano Lawrence Lessig. A partir de sua influente obra “*Code and Other Laws of Cyberspace*”, Lessig (1999, p. 26) constrói a noção de que códigos de computador (o que ele chama de “*west coast code*”, em alusão à localização geográfica das empresas do Vale do Silício) podem regular as condutas de forma similar aos códigos jurídicos (“*east code*”, por oposição, numa referência à cidade de Washington). Assim como a arquitetura no espaço físico, o código serve como limitador da ação na internet (não necessariamente no sentido negativo, mas muitas vezes usado para restringir a liberdade do

internauta); ao nos depararmos com uma página *web*, por exemplo, nossas opções de conduta estão restritas aos *links* que estão lá dispostos. Por sua vez, o código / arquitetura modifica o “equilíbrio necessário” dos usos possíveis de conteúdos no ciberespaço. Mais do que qualquer outro espaço social, o ciberespaço seria controlado ou não dependendo da arquitetura, ou código, de tal espaço.

Se é possível o licenciamento (ou seu inverso, a proibição) de qualquer aspecto de uso de obras (por meios de “sistemas confiáveis” (*trusted*), criados por código), então nenhum uso possível teria a proteção dos limites e do *fair use*; em suas palavras, “*code can, and increasingly will, displace law as the primary defense of intellectual property in cyberspace. Private fences, not public law*” (LESSIG, 1999, p. 126): cercas privadas, e não lei pública. Em outras palavras, de nada adianta a garantia de determinados direitos de uso na Lei se as opções arquitetônicas implementadas (na rede) impedem seu exercício efetivo.

Isso significa que reguladores, e aqueles buscando proteger o ciberespaço de determinadas formas de regulação, precisam focar não apenas no trabalho dos legisladores, mas também no dos tecnólogos. Os objetivos daqueles interessados em proteger certas liberdades no ciberespaço devem, portanto, levar em conta esta junção da lei com o código hoje existente, e como ela provavelmente vai evoluir. E, paradoxalmente, a falha de regulação efetiva tende a enfraquecer os valores de liberdade de expressão no ciberespaço, já que favorece os detentores do poder econômico. Mas por que os “valores de liberdade de expressão” são mais ou menos importantes no ciberespaço? Existe alguma característica intrínseca ao ciberespaço que implique que tais valores são (ou deveriam ser) tratados de forma diferenciada daqueles praticados no mundo físico? Se sim, por que isso ocorre?

Yochai Benkler (2006, p. 60) discute estas questões em sua obra “A Riqueza das Redes”, afirmando que informação, conhecimento e cultura são centrais para a liberdade e o desenvolvimento humano. A forma como são produzidos e trocados em nossa sociedade afeta criticamente nossa visão do mundo como ele é e como poderia ser; quem decide essas questões; e como nós, como sociedades e governos, vimos a entender o que pode e o que deve ser feito. Durante mais de 150 anos, afirma, democracias modernas complexas têm dependido em grande medida de uma economia industrial da informação para estas funções básicas. Nos últimos 15 anos, entretanto, nós começamos a ver uma mudança radical na organização da produção de informação. Habilitados pela mudança tecnológica – e pelo pequeno lapso temporal decorrente desde então – estamos observando

uma série de adaptações econômicas, sociais e culturais que tornam possível uma transformação radical na forma como construímos o ambiente informacional que ocupamos como indivíduos autônomos, cidadãos e membros de grupos culturais e sociais. Em paralelo, a internet traz o fenômeno que ele denomina de “*commons-based peer production*”, um novo modelo de produção econômica no qual a energia criativa de um grande número de pessoas é coordenada (normalmente através da própria rede) para a realização de projetos complexos e profundos, usualmente sem uma organização hierárquica tradicional ou compensação monetária. Ao mesmo tempo, a desmaterialização do suporte físico da obra de arte permite seu ingresso no que denomina como “economia interconectada da informação”, ao trabalhar os conceitos de “bens rivais” x “bens não rivais” (escassez e abundância). A infraestrutura comum (os *commons*, ou “baldios”, como querem alguns) estaria representada pela própria rede.

Na economia industrial em geral, e na economia industrial da informação também, a maioria das oportunidades para se fazerem coisas que eram valiosas ou importantes para muitas pessoas eram restritas pelo capital físico necessário para que fossem feitas. Financiar o capital físico, por sua vez, forçosamente orientava projetos que necessitavam de inversões na direção de estratégias de produção e organização que justificassem tal investimento. Em economias de mercado isso significava orientar investimentos na direção da produção de mercado. Em economias geridas pelo estado, isso significava orientar a produção na direção dos objetivos da burocracia estatal. Em qualquer caso, a liberdade individual prática de cooperar com outros na elaboração de coisas de valor era limitada pela extensão dos requerimentos de capital da produção.

Assim, parece claro que, numa economia do conhecimento, os investimentos serão também orientados para a criação do conhecimento. Este conhecimento vai se refletir nos novos produtos e processos, mas também servirá para a construção de novos artefatos culturais (como livros, filmes, imagens e músicas). Ao contrário de seus congêneres distribuídos na economia de mercado, as obras produzidas no ambiente digital não demandam insumos físicos para sua circulação; a internet trouxe consigo a virtualização do conteúdo (a obra artística, a produção científica, os recursos educacionais), sem perda de qualidade. A fronteira entre a cópia e o original se dilui (*online*)³, já que, uma vez contabilizados os custos de

³ Walter Benjamin, em seu influente ensaio “A Obra de Arte na Era de sua Reprodutibilidade Técnica”, descreve os detalhes deste processo do que chama de perda de “aura”, uma qualidade cültica resultante da singularidade e distância do mundo ordinário apresentados por

produção da matriz original (*master copy*) a feitura de cópias se restringe a *strings* de *bits*, sequências de zeros e uns. Logo, a lógica econômica deixa de ser aquela da escassez⁴, para aplicarmos o conceito de compartilhamento: o custo de duplicação do artefato cultural cai exponencialmente, tendendo a zero – possibilitando, em tese, sua circulação de forma acentuada. Na mesma medida, caem também as possibilidades de fiscalização e controle das reproduções, já que muitas vezes tais ações se dão fora do âmbito comercial, de modo privado. Mas os custos de produção da matriz original podem ser bastante significativos, exigindo inversões de capital de grande valor. Herscovici (1990, p. 123) pontua o tópico desta forma:

[...] o processo de substituição capital-trabalho só pode aplicar-se nas fases técnicas que concernem à reprodução dessa matriz original. Enquanto os ganhos de produtividade são realizados nessas fases técnicas, a fabricação da matriz original segue uma lógica semelhante à produção das artes cênicas. Se os custos técnicos diminuem, os custos artísticos aumentam. O custo total cresce a partir do aumento em que o aumento dos custos artísticos seja mais importante que a queda dos custos técnicos.

Pelo lado da demanda, os bens culturais distinguem-se também por apresentarem características de bens não rivais, ou seja, o fato de uma pessoa ver ou consumir um filme ou programa de televisão não exclui outras pessoas de também o fazerem simultaneamente. Como no caso dos bens públicos, portanto, o consumo se dá de forma coletiva ou não exclusiva, sem rivalidade entre os consumidores. Pelo lado da oferta, esse caráter é reforçado pelos baixos custos de reprodução de cópias para distribuição. Isso implica que, uma vez incorridos os custos de produção da matriz original, os custos de se acrescentar novos espectadores são insignificantes. O custo total de oferta dos bens culturais praticamente não é afetado pelo número de consumidores e, conseqüentemente, a lucratividade é diretamente proporcional ao número de espectadores (DUARTE; CAVUSGIL, 1996, p. 88-99).

uma obra de arte. Para ele, a aura artística é perdida com sua reprodução mecanizada; ainda assim, este processo detém um caráter potencialmente emancipatório. O ensaio pode ser encontrado em várias traduções na rede. A versão consultada estava disponível na íntegra em inglês em <<http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/ge/benjamin.htm>>.

⁴ A economia da escassez postula a natureza limitada dos meios disponíveis em relação aos fins que as pessoas têm em suas ações. É definida como o caso onde, num preço nulo, a oferta de um bem é menor do que a demanda. Um bem abundante é assim classificado quando, num preço nulo, sua oferta ainda é superior à procura.

Os baixos custos de reprodução das cópias contrastam com os altos custos de produção das matrizes originais que, como obras artísticas únicas, constituem casos limites de diferenciação de produtos. Este raciocínio é particularmente aplicável ao setor do audiovisual, que exige grandes inversões de capital. Cada filme ou outro audiovisual é um produto novo feito por encomenda que requer contratações (no mercado) de mão de obra e serviços especializados nas mais diversas etapas do processo criativo, produtivo e comercial – da aquisição dos direitos autorais até o arrendamento do local de exibição. Devido a isso, os investimentos possuem um caráter irreversível⁵. E é por tal razão que a estratégia de mercado clássica se fundamenta no controle da demanda, com apoio da legislação; e não é outro o motivo da crise instaurada a partir do momento em que as ferramentas de reprodutibilidade das obras encontram-se ao alcance de qualquer pessoa, na forma de computadores pessoais. Mas ainda mais importante do que o impacto que o mundo virtual causa no modelo jurídico protetivo atual, baseado no controle de circulação de cópias, é observar quais seriam as características singulares deste novo modo.

Benkler (*online*) afirma que:

Algumas vezes, [...] essas colaborações fora do sistema de mercado podem ser melhores no esforço motivacional e podem permitir pessoas criativas trabalharem em projetos de informação mais eficientemente que os mecanismos tradicionais corporativos e de mercado. O resultado é um setor florescente de produção de informação, conhecimento e cultura fora do sistema de mercado, baseado no ambiente de rede, e aplicado a qualquer coisa que muitos indivíduos conectados podem imaginar. Seus resultados, por sua vez, não são tratados como propriedade exclusiva. Eles são, ao contrário, objeto de uma crescentemente robusta ética de compartilhamento aberto, aberto para que todos os demais construam a partir deles, estendam, e façam o deles próprios.

5 DO FÍSICO PARA O DIGITAL

Tais fatores indicam uma situação de transição e conflito. Conforme o ensinamento do Prof. Miguel Reale em sua conhecida teoria tridimensional do direito, três são os elementos que devem ser considerados no en-

⁵ BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria para o Desenvolvimento do Audiovisual. *Economia da Cultura*. [s/d]. Disponível em <http://www.direitoacomunicacao.org.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=185&Itemid=99999999>. Acesso em: 15 mar. 2011.

tendimento de uma questão jurídica: fato, valor e norma. Trata-se de três aspectos de uma mesma realidade, unidos de maneira orgânica. Na medida em que se encontram envolvidas questões novas e complexas, a compreensão dos fatos e valores subjacentes é fundamental para o entendimento da realidade jurídica. Nesse sentido, merecem destaque algumas questões pontuais, cuja regulamentação jurídica carece de melhor adequação diante do novo cenário tecnológico. Nota-se, em particular, que a internet vem possibilitando e fomentando inúmeras formas novas de produção e difusão de conteúdo, as quais, por vezes, conflitam com o regramento jurídico em vigor. Essa dinâmica solicita análise mais aprofundada, sobretudo a partir de um enfoque da promoção do desenvolvimento – entendido não apenas como geração de riqueza, mas também no contexto de evolução sociocultural. No que diz respeito à produção, o acesso às novas tecnologias vem permitindo que usuários situados em qualquer lugar do planeta produzam obras culturais – sejam elas textos, sons, imagens, ou obras audiovisuais – a custos significativamente baixos, e em padrões satisfatórios de qualidade. Nesse contexto, em muitos casos, a utilização das novas ferramentas e do acervo cultural conduz à recriação de obras já existentes, ou ao aproveitamento de obras de terceiros em processos criativos.

Ainda no plano produtivo, o acesso à rede mundial vem fomentando novas formas de interação criativa, fundadas na colaboração, nos moldes da citada “*commons-based peer production*”. Um exemplo claro dessa forma de produção é representado pelos modelos de produção de software livre, o qual conta com licenças que permitem alteração e redistribuição do código empregado nos programas de forma livre, por terceiros. Outro exemplo significativo são os projetos de construção colaborativa de conhecimento, tais como a Wikipedia (<http://www.wikipedia.org>). No que tange à difusão de conteúdo, a emergência de novos canais de distribuição ao alcance dos usuários comuns aparece como um dos motores da revolução informacional em curso. Na internet, qualquer um é não apenas receptor, mas um potencial emissor de informação. Ficam para trás os sistemas de comunicação centralizados no poder do emissor, fundados na lógica do “*one-to-many*” (de um emissor para muitos receptores). Com a nova dinâmica, modelos “*many-to-many*” começam a proliferar. Tais modelos, que retratam a evolução da dinâmica informacional em nossa sociedade, também podem encontrar obstáculos na legislação vigente, sobretudo na medida em que a regulamentação atual impõe obrigações excessivas em relação ao uso e distribuição de conteúdo.

A tecnologia digital reacende o debate sobre as possibilidades artísticas decorrentes da reprodutibilidade técnica. A queda de preço dos equi-

pamentos de informática, de suportes e de aparelhos eletrônicos democratiza o meio de produção artística, que se reflete na crescente participação popular nos processos de fabricação da cultura – remixes, mash-ups, blogs e tantos exemplos, essencialmente periféricos e cujo denominador comum é a reciclagem de artefatos culturais. Tal fato também provoca a perda de identidade da originalidade (a “aura” da obra, no termo cunhado por Benjamin (*online*)). A facilidade de copiar, típica do mundo digital, opõe-se à legislação autoral vigente, que foi concebida para o mundo analógico, no qual a cópia depende da expressa previsão e autorização de seu titular (e pressupõe uma estrutura de monta para se realizar). A tecnologia digital trouxe profundas alterações no conceito de autoria e nos processos de criação. A interatividade propiciada pelas obras digitais faz com que elas possam ser constantemente alteradas, não apenas pelo seu criador, mas também pelo usuário, que se torna coautor.

Além disso, tal facilidade de reprodução de obras digitais permite o desenvolvimento da chamada “autoria-montagem”, na qual o processo de criação é realizado mediante a colagem de trechos ou de partes de obras previamente criadas. Todos esses aspectos trazem grande impacto para os direitos morais de autor, cuja concepção legislativa está voltada para a defesa do artista individual, uma figura romântica de tradição Iluminista.

De modo análogo, tal fenômeno não se restringiu ao campo da literatura. O surrealismo se notabilizou pela mudança de contextos de objetos tradicionais (é o caso de Marcel Duchamp e seus urinóis e rodas de bicicletas). Para a Estética, a discussão dos conceitos de *cópias versus originais*⁶ remonta à Escola de Frankfurt, com ênfase para os trabalhos de Adorno e Benjamin (especialmente em suas referências ao cinema), e a *pop art* desenvolveu técnicas como a colagem e a repetição de figuras em série como formas de discutir sobre o significado da arte no mundo moderno. O que se verifica é um questionamento cada vez mais abrangente do próprio conceito sobre o que é e quem é o *autor*⁷, “pessoa física criadora de obra literária,

⁶ “*The presence of the original is the prerequisite to the concept of authenticity*”, in BENJAMIN, Walter. *The Work of Art in the Age of Mechanical Reproduction*. Disponível em: <<http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/ge/benjamin.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

⁷ Roland Barthes, em seu famoso artigo “*La mort de l’auteur*” (1968), oferece uma crítica mais que radical da idéia do autor como um inventor solitário responsável pelo conteúdo do trabalho. Barthes afirmou que “texto é uma célula de citações montadas de inumeráveis centros de cultura”. Michel Foucault respondeu à polêmica com o artigo “*Qu’est-ce qu’un auteur?*”, no qual apresenta uma análise de uma suposta “função-autor”, social e literária: um princípio classificatório dentro de um discurso formativo específico.

artística ou científica”⁸. Se existem campos nos quais a autoria é de fácil determinação, e cujo autor é facilmente singularizável (quadros ou esculturas⁹, por exemplo), para outros tipos de obras sujeitas ao direito autoral tais fatores são muito mais fluidos; o cinema, por exemplo, é criação colaborativa por definição (ainda que seus direitos autorais sejam de titularidade de pessoas determinadas); e as pesquisas acadêmicas e científicas são fundamentadas na citação de pares e na colaboração.

Em outras palavras, parece que *fazer ciência* é muito mais uma questão de construção de conhecimento incremental, enquanto *criar arte* implicaria em romper com o vigente para apreender o espírito, manifestação de caráter supostamente íntimo. Mas essa contradição é apenas aparente; o artista também vai construir sua obra a partir de algo. Ele não pode “romper” com o nada; suas origens e suas influências serão instrumentais para a sua interpretação do mundo – logo, toda originalidade é relativa, mesmo na presença indiscutível do gênio.

Na prática, porém, resta claro que a grande beneficiária do direito autoral, nos dias de hoje, é a indústria do entretenimento e das comunicações, que defende a ampliação, muitas vezes de forma desmesurada, desses direitos, em detrimento dos direitos do público (e dos demais autores que desejam iniciar novas discussões artísticas ou estéticas a partir do repositório cultural comum). Do ponto de vista do Direito positivo, tais práticas demandam a negociação de autorizações, na ausência de mecanismos claros que permitam automatizar ou justificar tais usos. Nesse caso específico, o Direito pode ser encontrado atuando como mecanismo de restrição ou mesmo ameaça a tais formas de expressão, como pontuado:

O direito garantido aos autores no artigo 5º, XXVII, da Constituição brasileira é um direito de natureza patrimonial, o que, por sua vez, pressupõe necessariamente que seu objeto – a obra – seja dotado de valor econômico. Não há direito patrimonial sem objeto dotado de valor econômico como, também, não há objeto dotado de valor econômico sem mercado. O exclusivo patrimonial é exercido pelo autor quando ele, convencido de haver procura no mercado, oferece a obra ao consumidor mediante o pagamento de um preço. Nesse momento, quando a obra é explorada economicamente, quer dizer, quando é oferecida ao mercado por um preço, ela nada mais é do

⁸ Lei 9.610/98, artigo 11.

⁹ Ressalvada aqui a interessante discussão sobre o plágio em estátuas, material para estudo específico que foge ao tema aqui proposto. De especial interesse para o especialista é ainda o plágio de esculturas de monumentos públicos, como a Torre Eiffel ou o Cristo Redentor.

que mercadoria. Quem paga pela utilização da obra é consumidor. Quem atua no mercado é agente econômico. E, obviamente, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não garante ao autor um salvo conduto de atuação no mercado – autores não fazem parte de uma categoria especial de agentes econômicos – deve ele, a exemplo do que vale a qualquer um que atue no mercado, respeito às regras que pautam as relações econômicas, i.e. aquelas de natureza concorrencial, de proteção ao consumidor etc. De outro lado, nas hipóteses em que a obra é incorporada num objeto de circulação e consumo, como um disco ou DVD, o direito autoral - especialmente naquilo que o direito atual [...] aceita o uso de meios de controle digital ao acesso à obra (os chamados DRM, previstos no artigo 107 da lei vigente) - o Direito do Consumidor na sua manifestação do respectivo Código é uma contenção necessária ao abuso de restrições, que podem coibir até mesmo o que é uso livre. Quem tenta impedir que o público faça os usos livres da obra, através de mecanismos tecnológicos, infringe os direitos que a Constituição assegura a todos consumidores. (SILVEIRA; BARBOSA, *online*)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A facilidade de copiar, típica do mundo digital, opõe-se à legislação autoral vigente, concebida para o mundo analógico, no qual a cópia depende da expressa previsão e autorização de seu titular. A tecnologia digital trouxe profundas alterações para o conceito de autoria e na forma em que se desenvolvem os processos de criação, que hoje são produzidos majoritariamente de forma colaborativa. A interatividade propiciada pelas obras digitais faz com que elas possam ser constantemente alteradas, não apenas pelo seu criador, mas também pelo usuário, que se torna coautor. E, no entanto, tais condutas – cópia, derivações, e algumas modalidades de transformação criativa – somente são lícitas mediante a acedência do titular de direitos, numa relação desequilibrada com os interesses dos utentes, se verificarmos que o propósito último da lei autoral é a defesa da inovação para a sociedade, e não a do interesse privado.

Esse modelo de geração de riquezas fundado na cooperação não parece ser prontamente compatível com o sistema existente de proteção aos direitos imateriais em vigor (herança legislativa do século XIX), fundado no controle da cópia e na utilização permissiva, a não ser no caso de utilização de licenças genéricas (tais como as propostas pela *Free Software Foundation* ou pelo *Creative Commons*). Neste sentido, Denis Borges Barbosa (2009, p. 115) afirma que

[...] a Humanidade enfrenta uma crise global quanto ao controle do conhecimento, da tecnologia e da cultura. A crise é manifesta em muitas maneiras. [...] Mote de luta, estandarte de campanha, 'domínio público' deixa de ser [uma] noção jurídica morna e baça [...]. O espaço real e mítico do domínio público passa a ser a terra prometida e os campos elísios da Era da Informação.

E prossegue:

A tensão que existe entre a propriedade intelectual, na forma da instituição social que temos hoje, e a existência de um domínio público tem natureza estrutural; não é episódica ou incidental, mas, pelo contrário, inevitável e necessária. Pois foi para fugir do domínio público, ou mais precisamente, de certas características da produção criativa, que foram instituídos os mecanismos da nossa forma de propriedade intelectual. Das muitas formas possíveis de estímulo ao investimento criativo, a história real das economias de mercado inclinou-se por um modelo específico: aquele que dá ao criador ou investidor um direito de uso exclusivo sobre a solução tecnológica, ou sobre a obra do espírito produzida. (BARBOSA, 2009, p. 116)

Carlos M. Correa (2007), referindo-se à expansão de medidas protetivas no sistema de patentes, mas em crítica que se amolda aos direitos de autor, já que o atual estado das coisas é fruto de um pensamento comum a ambos os modelos de proteção, afirma que tais iniciativas [protetivas] ignoraram a crise resultante do paradigma dominante de desenvolvimento tecnológico cumulativo, e que é preciso repensar seriamente o atual sistema para promovê-lo como ferramenta para recompensar a criação:

Tal sistema deve, além disso, estar baseado em considerações de equidade, e ser flexível o bastante para responder às necessidades daqueles que não podem pagar os preços maiores associados à concessão de direitos exclusivos. (p. 204)

E assim adentramos a questão do direito de reprodução, que, para Oliveira Ascensão (2008, *online*), desta forma está regulado no Brasil:

Uma vez que não aderiu aos Tratados da OMPI de 1996, [o Brasil] tem de respeitar sobretudo a Convenção de Berna e o ADPIC / TRIPS. Este por sua vez incorpora os preceitos patrimoniais daquela

Convenção e agrava-as; mas não vai particularmente longe, em matéria de Direito da Informática. Na legislação ordinária, o artigo 30 LDA incorpora no direito de reprodução o direito de colocar a obra à disposição do público – que se dirige essencialmente ao direito de colocar a obra em rede (ou em linha) à disposição do público. Afasta-se assim da corrente dominante, que o integra no direito de comunicação ao público. Não viola com isto obrigações internacionais, se tivermos em conta que estas impõem um regime, mas as qualificações são livres. O Brasil poderia seguir e seguiu efetivamente qualificação diversa. Outra questão consistiria em saber se a qualificação é efetivamente a melhor. Já nos pronunciamos sobre a matéria, tendo chegado a conclusão negativa. Não há que retomá-la, porque neste momento nos ocupa mais uma perspectiva do direito a constituir. Diremos em todo o caso que nem o proêmio nem o § 1º permitem extrair resultados semelhantes aos que se retiram da diretiva europeia. De todo o modo, a lei brasileira está (relativamente) livre para regular como entender a faculdade de reprodução. Pode assentar na figura realística da reprodução como criação de exemplares, excluindo deste modo as reproduções meramente tecnológicas.

Claudia Trabuco (2007) discorre com enorme propriedade sobre a evidente apropriação do espaço público pelo interesse privado quando da transposição para o meio digital:

No ambiente digital, a cópia privada aparece uma vez mais questionada. Num primeiro momento, com o surgimento da necessidade de protecção dos programas de computador, a questão prendeu-se sobretudo com a vontade de restringir o uso privado aos actos absolutamente indispensáveis para garantir o “uso legítimo” de tais objectos. Esta restrição fundava-se, inicialmente, no facto de se ter tornado mais difícil distinguir, nestes casos, o controlo sobre as utilizações patrimoniais da obra, por natureza reservadas ao titular do direito de autor, e o mero gozo ou consumo daquela, que tem sempre permanecido livre. E isto porque, sobretudo no que respeita ao direito de reprodução, a prática de alguns actos técnicos de reprodução se tornou prejudicial ao gozo do conteúdo da obra. A questão coloca-se de modo paralelo para as bases de dados electrónicas, na medida em que a Directiva que harmoniza o regime de protecção das bases de dados apenas autoriza os Estados-membros a preverem como restrição ao direito exclusivo a reprodução para fins particulares de uma base de dados não electrónica (artigo 6, 2, alínea a) e, no que respeita ao direito *sui generis*, artigo 9, alínea a)).

Para garantir uma maior segurança na utilização destas obras, restringem-se, assim, os limites ao direito de autor. Destarte, em lugar

de se partir da consagração de um limite geral relativo ao uso privado, proíbe-se essa utilização privada salvo nos casos excepcional e expressamente previstos na lei. É, aliás, por esta razão que, comentando a Directiva n° 91/250/CEE, alguma doutrina portuguesa considera que se operou uma inversão nos princípios fundamentais do Direito de Autor, porquanto, em lugar de se partir do princípio segundo o qual o uso privado é livre, pelo que o direito de autor apenas visa tutelar as utilizações públicas das obras literárias e artísticas, proíbe-se esse uso privado, apenas se introduzindo alguns limites a esta regra.

Com o desenvolvimento da exploração digital em rede das obras intelectuais, a capacidade e a facilidade das utilizações não consentidas foi progressivamente intensificada, afectando inevitavelmente os interesses dos titulares dos direitos. No ambiente digital, dada a assunção de uma enorme relevância das reproduções temporárias das obras intelectuais (que deixaram, em rigor, de constituírem a excepção para passarem a ser a regra), o direito de reprodução, ainda que conservando os seus traços definidores essenciais, tornou-se indiscutivelmente mais amplo no que respeita ao seu âmbito de aplicação. Ora, este movimento de extensão, caracterizado pela reserva da maioria dos actos de reprodução, mesmo os transitórios ou provisórios desde que não preenchessem os termos das excepções legalmente consagradas, aos titulares de direitos de autor, de uma forma por vezes pouco criteriosa e imprópria, conduziu a que, em muitas situações, se comesasse a confundir o exercício pretensamente legítimo de um direito de reprodução com o exercício de um controlo efectivo sobre os actos de utilização passiva das obras, ou seja, a consulta ou gozo das mesmas.

Os apontamentos aqui delineados constituem o ponto de partida para a pesquisa proposta para a presente tese – qual seja: a situação de rigidez excessiva posta pelo sistema de protecção ao exclusivo autoral, com a transposição directa dos direitos correspondentes ao ambiente físico para o ambiente digital sem a avaliação de suas consequências quanto aos usos permitidos ao público, acabam por inibir a inovação – a qual é a justificativa basilar da existência do exclusivo autoral em primeiro lugar. O Prof. Oliveira Ascensão sempre nos lembra que o direito autoral é o mesmo, independente do meio em que é exercido; entretanto, nos parece que o direito de reprodução é instrumento de aferição e controle do direito autoral, e, como tal, sua transposição se mostra deveras inconsistente quando examinadas as características intrínsecas ao meio digital, no qual qualquer utilização de uma obra pressupõe sua reprodução.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. As “Exceções e Limites” ao Direito de Autor e Direitos Conexos no Ambiente Digital. *Fórum Nacional de Direito Autoral* – Ministério da Cultura. *Seminário Internacional sobre Direito Autoral*. Fortaleza, 26, 27 e 28 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/02/texto_mesa11_ascensao.pdf>.

_____. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Entrevista a Rodrigo Moraes*, publicada em 12/12/2008 e Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.com.br/entrevistas.php?cod_ent=29>.

BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual: Introdução à propriedade intelectual como informação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BENJAMIN, Walter. *The Work of Art in the Age of Mechanical Reproduction*. Disponível em: <<http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/ge/benjamin.htm>>. Acesso em: 20out. 2012.

BENKLER, YOCHAI. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. EUA: Yale University Press, 2006.

BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria para o Desenvolvimento do Audiovisual. *Economia da Cultura*. [s/d]. Disponível em: <http://www.direitoacomunicacao.org.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=185&Itemid=99999999>. Acesso em: 15 mar. 2011.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DANTAS, Marcos. *A lógica do capital-informação*. A fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

DUARTE, L. G.; CAVUSGIL, S. T. Internationalization of the Video Industry: Unresolved Policy and Regulatory Issues. *Columbia Journal of World Business*, v. 31, n. 3, p. 88-99, 1996.

ERWIN, Jeff. Copyright and the Digital Library. *Open and Libraries Class Journal*, San Jose State University, School of Library and Information Science, v 1, n. 1. 2008.

GIDDENS, Anthony. *Sociology*. 2. ed. Cambridge (Inglaterra): Polity Press, 1993.

GRAU-KUNTZ, Karin; BARBOSA, Denis Borges (Orgs.). *Ensaio sobre o Direito Imaterial: Estudos dedicados a Newton Silveira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HAYEK, Friedrich A. The Use of Knowledge in Society. *American Economic Review*, American Economic Association, v. XXXV, n. 4, 1945.

HERSCOVICI, Alain. Elementos teóricos para uma análise econômica das produções culturais. *Análise e Conjuntura*, Belo Horizonte, v. 5. n. 3, set./dez. 1990.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. Basic Books: New York, 1999.

LITMAN, Jessica. Revising Copyright Law for the Information Age. *Oregon Law Review*, v. 19, 1996.

MONTUSCHI, Luisa. *Datos, Información y Conocimiento*. De la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento. Universidad del CEMA: Buenos Aires, 2001.

SEGAL, Lynn. *The dream of reality: Heinz von Foerster's constructivism*. New York: Springer-Verlag, 2001.

SILVEIRA, Newton; BARBOSA, Denis B.; GRAU-KUNTZ, Karin. *Nota ao Anteprojeto de Lei para Reforma da Lei Autoral Submetido à Consulta Pública pelo Ministério da Cultura*. Disponível em: <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/56847e971c9c8944ffff8156ffffff0.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2012.

TRABUCO, Claudia. Direito de autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 9, n. 18, 2007.

VILLARES, Fábio (Org.). *Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade Intelectual & Internet: Uma perspectiva integrada à sociedade da informação*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____; SILVA, Adolfo, Luiz Gonzaga (Coord.). *Direito da Propriedade Intelectual*. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2009.

A TEORIA DO CONTRIBUTO MÍNIMO CRIATIVO E O DOMÍNIO PÚBLICO EM DIREITO DE AUTOR: O CASO DO GOOGLE ART PROJECT

Sarah Helena Linke

Assessora jurídica da Fundação de Ensino e Engenharia de Santa Catarina junto ao Departamento de Inovação Tecnológica da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Formada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Formada em Administração Pública pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). Pesquisadora membro do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI-UFPR).
sah_linke@hotmail.com

RESUMO: O Domínio público, de maneira clássica, pode ser conceituado como o conjunto de obras nas quais não mais incide a proteção patrimonial do direito de autor, e que, em virtude disto, o seu uso é totalmente livre, independente de autorização ou pagamento. O domínio público deve ser a regra, enquanto o direito exclusivo a exceção, tendo em vista que compõe a estrutura que suporta a construção da nossa cultura. Outro meio de equilíbrio entre o direito autoral e o direito de acesso aos bens culturais é o requisito do contributo mínimo criativo, como mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida por direito de autor. Correlacionando ambos os institutos, por meio de um estudo de caso, o Google Art Project, o objetivo deste artigo é demonstrar que sobre obras em que há mera reprodução de obras já em domínio público não incide proteção autoral, a fim de auxiliar na criação de um sólido domínio público.

Palavras-chave: Domínio público. Direito de autor. Contributo mínimo criativo. Google Art Project.

1 INTRODUÇÃO

O estudo acerca do contributo mínimo criativo, enquanto o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida por direito de autor, é novo no âmbito acadêmico.

Apesar de parecer óbvio, a imprescindibilidade de que uma criação seja dotada de elementos criativos para ser protegida é um requisito não positivado por tratados internacionais nem por normas internas.

Contudo, diante da análise de jurisprudências e da construção doutrinária, a qual começou a se dedicar ao tema recentemente, pode-se afir-

mar que este é requisito constitucional, na medida em que faz parte do equilíbrio entre o exclusivo autoral e o direito de acesso à cultura.

Os maiores e complexos debates quanto ao tema tangenciam o âmbito do direito autoral correlacionado às bases de dados, aos softwares e às obras derivadas. São justamente sobre estas que recai o enfoque deste artigo, o qual faz um estudo de caso específico referente ao *Google Art Project*.

O referido projeto tem por base a digitalização de obras de arte, já em domínio público, com tecnologia de alta resolução, expostas nos principais museus espalhados pelo mundo. Há, então, a reprodução de cada peça, sem qualquer aditivo criativo às fotos. Contudo, nos termos de uso da plataforma em questão, disposto está que o titular de cada imagem disponível é o museu curador da obra e que o uso destas está condicionado por licenças emitido por esta.

O objetivo desta pesquisa, então, correlacionando ambos os institutos, é demonstrar que sobre as fotos disponíveis no Google Art Project, não incide proteção alguma, pois são meras reproduções de obras de arte. Há tecnologia e investimento, todavia, não há criação, originalidade alguma. Estando as obras em domínio público, as fotos colocadas na rede também estão, sendo ilegal a restritividade técnica de cópia e as assertivas relativas à existência de proteção.

Almeja-se com isto auxiliar na construção de um sólido domínio público e demonstrar a importância deste enquanto manancial cultural livre, como um dos meios de acesso e suporte de obras e criação por parte da coletividade.

2 DOMÍNIO PÚBLICO

O domínio público, de maneira clássica, pode ser conceituado como o conjunto de obras nas quais não mais incide a proteção patrimonial do direito de autor, e que, em virtude disto, o seu uso é totalmente livre, independente de autorização ou pagamento.

Conforme Sérgio Branco Junior (2011, p. 55), “o domínio público para o direito autoral significa o conjunto de bens que não mais tem seus aspectos patrimoniais, nem parte dos direitos morais, submetidos ao monopólio legal”.

As obras que se encontram em domínio público podem ser usadas livremente, ou seja, copiadas, reeditadas, transformadas, traduzidas, adap-

tadas etc., sem que seja necessário obter autorização de titulares, e até mesmo podem ser utilizadas para fins comerciais.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, as obras entram em domínio público pelo decurso do tempo do direito patrimonial de autor; pelo falecimento do autor sem deixar herdeiros; pela obra ser de autoria desconhecida; pela obra publicada em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil, e que não confirmam aos autores de obras aqui publicadas o mesmo tratamento que dispensam aos autores sob sua jurisdição; e quando o próprio autor, por disposição própria disponibiliza sua obra ao domínio público¹.

3 DOMÍNIO PÚBLICO E ACESSO AOS BENS CULTURAIS

De acordo com o prof. José de Oliveira Ascensão (1997, p. 353), o “domínio público em relação à obra não representa nenhum domínio ou propriedade, mas simplesmente uma liberdade do público”, ou seja, a partir do momento que se finda a proteção patrimonial da obra mediante o direito autoral, seu uso é livre, pois não há mais um titular exclusivo - o titular da obra caída em domínio público é a própria coletividade.

Pode-se dizer que a coletividade cumpre dois papéis: além de ser usuária passiva dos bens culturais existentes no domínio público, no sentido de “consumir”; também é usuária ativa, quando um indivíduo deixa de fazer parte do público para ser autor e passa a criar, afinal, toda criação é de certo modo uma derivação.

Nesta senda, Sérgio Branco (2011, p. 57) preleciona:

De um lado, há autores que defendem maior acesso às obras intelectuais de modo a se permitir liberdades mais expressivas de criação. De outro, autores propõem maior proteção aos direitos autorais, limitando-se dessa forma o acesso e reaproveitamento das obras por parte da sociedade. Algo, entretanto, é certo: quanto mais extenso o domínio público, maior o manancial para a (re) criação livre. A discussão acerca da proteção conferida aos direitos autorais abrange inevitavelmente tratar da estrutura e da função jurídica do domínio público. Adicionalmente, podemos encarar o domínio público como elemento importante na construção da educação e do acesso ao conhecimento.

¹ É o caso da obra “O domínio público no direito autoral brasileiro”, uma obra em domínio público, de Sérgio Branco Junior.

Domínio público é a situação normal da obra intelectual, é a regra, enquanto o direito de exclusivo é a exceção, ensina-nos o prof. José de Oliveira Ascensão (2008)².

Todavia, diante desta construção artificial e de prazos de proteção cada vez mais extensos – outrossim, de movimentos que defendem até o direito de autor perpétuo – caso não fosse a garantia e a existência ainda do domínio público, a oferta de acesso aos bens culturais seria ínfima, além de que as utilizações derivadas seriam praticamente impossíveis.

Acerca do tema, disserta James Boyle (2008) que estamos vivendo atualmente no segundo movimento de “enclausuramento”, ao passo que prazos de proteção possuem um mínimo de cinquenta anos e atingem até cem anos, após a morte do autor, vemos toda a criação cultural do século XX ser aprisionada em direitos exclusivos.

Como brilhantemente observou Denis Borges Barbosa (*online*), o domínio público, espaço real e mítico passa a ser a terra prometido e os campos elísios da Era da Informação.

Não obstante, hoje, inegavelmente, haja uma produção em grande escala de bens culturais devido às novas tecnologias e à internet, a alimentação do domínio público é e será cada vez menor, porque com a extensão de prazos, este dia parece que nunca vai chegar.

Ademais, com o passar dos anos, teremos uma proporção muito maior de bens protegidos que bens livres, atravancando a criação e produção destes bens. O sistema, então, logo entrará em colapso – quase tudo estará protegido.

Mister estudar a importância do fomento e preservação do domínio público, afinal, como assevera James Boyle (2008, p. 41), este não é um resíduo deixado para trás quando todas as coisas boas já foram tomadas

² Neste sentido, ver o Manifesto do Domínio Público, confeccionado no âmbito da Communia, rede temática da União Europeia sobre Domínio Público, em que a máxima “o domínio público é a regra; a proteção dos direitos autorais é a exceção” é tida como um dos princípios essenciais para a compreensão e garantia do domínio público. Expõe o texto que “na medida em que a proteção de direitos autorais é concedida apenas a formas originais de expressão, a grande maioria dos dados, informações e ideias produzidas no mundo, em certo momento, pertence ao domínio público. Além das informações que não são passíveis de proteção, o domínio público é ampliado a cada ano por obras cujo prazo de proteção expira. A aplicação combinada dos requisitos de proteção e de uma duração limitada para a proteção de direitos autorais contribui para o enriquecimento do domínio público, garantindo maior acesso à nossa cultura e conhecimento compartilhados”. (Disponível em: <http://publicdomainmanifesto.org/sites/www2.publicdomainmanifesto.org/files/Public_Domain_Manifesto_po.rtf>)

pelo direito exclusivo: o domínio público compõe a estrutura que suporta a construção da nossa cultura. Ele é, de fato, boa parte da nossa cultura. Ou ao menos costumava ser.

É neste sentido que ensina Allan Rocha de Souza (2010, p. 104), de que “a livre participação e o pleno exercício dos direitos culturais só se realizam com o acesso às fontes e ao patrimônio cultural e a possibilidade concreta de fruição dos bens culturais”.

Por fim, aqui cabíveis os ensinamentos de Sérgio Branco Junior (2011, p. 86):

A instituição de um domínio público é a mais perfeita forma de se devolver à sociedade aquilo que ela proporcionou: a inspiração livre para obras subsequentes. Mas não é só. É possível afirmar que, juridicamente, o domínio público permite a efetivação plena de diversos preceitos constitucionais, como o direito de acesso à informação, à educação, à liberdade de expressão; à dignidade da pessoa humana, enfim. Quanto mais amplo o domínio público maior a garantia de acesso a obras intelectuais por parte da sociedade. Além disso, maior será também a possibilidade de criação de novas obras a partir de obras alheias, independentemente de autorização prévia e expressa para esse fim.

Feitas estas breves considerações acerca do domínio público, necessárias para a concatenação do tema do contributo mínimo criativo para obras derivadas de obras em domínio público e o caso apresentado, passar-se-á à análise dos outros temas.

4 CONTRIBUTO MÍNIMO CRIATIVO

O contributo mínimo no direito autoral, na lição de Carolina Tinoco, (2011) pode ser compreendido como o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida por direito de autor. Este, apesar de não possuir construção normativa de forma explícita, já existe na prática judicial³ e na doutrina (BARBOSA; TINOCO; SOUTO MAIOR 2011, p. 3).

A fim de esclarecer o pressuposto do contributo mínimo, pode-se fazer analogia com outros institutos da propriedade intelectual. No caso

³ Nos Estados Unidos, podem-se citar os casos: *Bridgeman versus Corel Draw*; *Rural Telephone Service Company versus Feist Publications, Inc*; *Batlin & Son, Inc versus Synder*; *Alva Studios, Inc versus Winninger*.

das patentes, seria o grau de inventividade, que delimita as invenções que poderão ser tuteladas ou não. Quanto às marcas, a distintividade; e dos desenhos industriais, a originalidade (BARBOSA; TINOCO; SOUTO MAIOR 2011, p. 40).

De acordo com o ilustre professor Denis Borges Barbosa, o requisito da inventividade, no caso das patentes, constrói o núcleo de constitucionalidade deste sistema, tendo em vista que ao se optar por uma estrutura de outorga de direitos exclusivos como um dos meios possíveis para promover a inovação, surge, então, a necessidade de construir um mecanismo legal equilibrado e eficiente (BARBOSA; TINOCO; SOUTO MAIOR 2011, p. 10 e ss.)⁴.

Para que se justificasse a proteção, o exclusivo, seria necessário “um mínimo de densidade do novo – um mínimo de contribuição ao conhecimento comum” (BARBOSA; TINOCO; SOUTO MAIOR 2011, p. 10). É o que se denomina contributo mínimo.

No que tange ao direito de autor, também pode-se afirmar que o contributo mínimo está no núcleo da constitucionalidade deste exclusivo, afinal, a proteção só se legitima caso haja um incremento ao amálgama cultural, encontrando-se no balanceamento entre o exclusivo de autor e o direito de acesso à cultura.

Conforme os ensinamentos do prof. José de Oliveira Ascensão (2008):

[...] o direito exclusivo é uma exceção a liberdade natural. E como exceção, esta rigorosamente dependente da sua justificação. Não pode ultrapassar em nada os fins que a justificam, porque caso contrário o benefício privado se faria à custa da liberdade social.

Sendo o direito de autor criado, originariamente, como instrumento de incentivo à cultura e, portanto, ao desenvolvimento cultural e artístico, sua finalidade só será atendida caso haja um incremento ao arcabouço artístico-cultural vigente.

⁴ De acordo com o autor: o objetivo das leis de patente é recompensar àqueles de façam uma invenção substancial, que se soma ao nosso conhecimento e represente um passo à frente nas artes úteis. Tais inventores são merecedores de todo favor. Nunca foi finalidade daquelas leis assegurar um monopólio para cada pequeno artefato, para cada sombra de esboço de uma idéia, que naturalmente e espontaneamente ocorre a qualquer operador mecânico hábil no progresso comum da manufatura. Tal concessão indiscriminada de privilégios exclusivos tende mais a obstruir do que estimular a invenção.

Em outras palavras, sendo a liberdade a regra, e a restrição de acesso a exceção, esta deve ser justificada pela contribuição que a obra traz ao conjunto existente cultural.

É necessário ressaltar que ao analisar o contributo mínimo, não deve haver juízo de valor concernente à estética, mas sim em relação à sua própria criação e com a diferenciação de obras já conhecidas e já em domínio público. Concernente ao assunto, preleciona José de Oliveira Ascensão (2011, p. 50):

Se a obra é criação do espírito, necessariamente haverá que exigir nesta o carácter criativo. É difícil determinar o quantum desta criação. Não podemos confundir obra de qualidade: uma pornochanchada não deixa de ser uma obra protegida. Mas tem que haver um mínimo de criatividade ou originalidade [...] se não há criatividade na expressão, mínima que seja, não há obra literária.

Neste âmbito, sendo, desde seu princípio, um dos requisitos para a proteção autoral as criações somente do espírito humano, deve ser afastada qualquer possibilidade de proteger criações provindas de computadores inteligentes, por exemplo, ou utilizar o exclusivo do direito de autor como meio para obter retorno sobre investimento de tempo e/ou dinheiro de empresas e particulares.

4.1 Contributo mínimo como contribuição reflexivo-transformadora

Karin Grau-Kuntz (2012, p. 41) é outra autora na área de contributo mínimo, contudo, ela se refere a este como contribuição reflexivo-transformadora. Defende esta autora que com o desenvolvimento tecnológico e da internet e o contexto da exploração econômica, mudanças significativas houve na legitimação e conformação do direito de autor:

Hoje a produção intelectual se dá, em parte, dentro de um contexto que considera sua exploração econômica, e não necessariamente seu potencial reflexivo-transformador. Essa transformação levou a modificações significativas nas bases estruturais do direito de autor: se a criação intelectual original era tida antes como expressão do trabalho movido por aspirações ideais, hoje o que a motiva é seu consumo. Essa transformação do papel social da obra intelectual é fundamental para que possamos compreender a revolução nas teo-

rias de legitimação de proteção do autor. Enquanto a proteção autoral esteve vinculada à “genialidade do autor”, o grau exigido era muito alto. No momento em que a proteção começa a se desvincular do fator “genialidade”, o grau de originalidade necessário para legitimar a proteção começa a decair na mesma proporção. Essa alteração na relação de equilíbrio entre “genialidade” e originalidade se reflete nas teorias jurídicas de legitimação da proteção.

Os bancos de dados e programas de computador, por exemplo, quando analisados pelo viés do conteúdo reflexivo-transformador trazido por Karin, são aberrações jurídicas, afinal, são criações meramente que trazem tão só utilidade. Porém, este direito de autor moderno tem englobado criações intelectuais não originais cuja elaboração tenha exigido tão só o investimento de força (trabalho) e/ou de recursos significáveis.

É neste viés que se apresenta o caso a ser estudado neste artigo, em que se deve ou não ter proteção em obras derivadas, em que não se visualiza originalidade, mas tão só investimento.

5 O CASO DO GOOGLE ART PROJECT

O *Google Art Project* é uma plataforma *online*, criada e mantida pelo *Google*, o qual visitou 151 museus, situados em 40 países diferentes e digitalizou mais de 30 mil obras, esculturas e quadros, e disponibilizou em seu *site*^{5/6}.

São viáveis dois meios de navegação pela plataforma. Um deles é um *tour* virtual (*walk thought*) em que utilizando a tecnologia *street view*, é possível o passeio entre os corredores de museus^{7/8}. Neste, as obras ainda protegidas pelo direito autoral estão borradas, mal podendo identificá-las, ao contrário das obras em domínio público, que podem ser vistas claramente⁹.

A apreciação das obras em domínio público também pode ser feita de modo singular. Tais passaram por processo de “ultradigitalização” com

⁵ Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Google_art_project>.

⁶ Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/museus-de-sao-paulo-no-google-art-project/>>.

⁷ Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/google/22543-como-usar-o-google-art-project.htm>>.

⁸ Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Google_art_project>.

⁹ Disponível em: <<http://www.google.com/culturalinstitute/about/artproject.html>>.

câmeras e lentes de alta tecnologia, as imagens apresentam altíssima qualidade. As fotos podem alcançar até 7 bilhões de *megapixels* de resolução e permitem inclusive ver detalhes que são imperceptíveis a olho nu, através do *zoom*¹⁰.

Em um dia, quando estava a navegar por esta plataforma a qual julgo ser magnífica, como qualquer pesquisador na área de direito autoral, resolvi ler os termos de uso do site. Deparei-me, então, na seção de perguntas frequentes com a seguinte proposição:

FAQ: *Are the images on the Art Project site copyright protected?*

*The high resolution imagery of artworks featured on the art project site are owned by the museums, and these images may be subject to copyright laws around the world. The Street View imagery is owned by Google. All of the imagery on this site is provided for the sole purpose of enabling you to use and enjoy the benefit of the art project site, in the manner permitted by Google's Terms of Service. The normal Google Terms of Service apply to your use of the entire site.*¹¹

Depreende-se que caso o usuário queira utilizar quaisquer das imagens disponíveis, é imprescindível contatar cada museu em que estão situadas as obras de seu interesse para solicitar uma licença de uso, que poderá ou não ser deferida.

De acordo com outras disposições analisadas, a única permissão dada é o uso livre educacional. Não é permitido, portanto, a cópia – não é possível usar o tradicional “copiar e colar” – e inexistente opção para *download*.

Apesar de haver maneiras “artesanalas” de conseguir fazê-lo, a cópia perde a qualidade do original, que é a essência e o diferencial desta plataforma.

5.1 A não proteção das imagens do Google Art Project

Cabe aqui analisar se incide a estas imagens o direito de autor, diante da questão do contributo mínimo, e se legais são as disposições de licenciamento de uso.

¹⁰ Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Google_art_project>.

¹¹ Disponível em: <<http://www.googleartproject.com/faq>>.

Imperioso neste momento invocar os ensinamentos de Sérgio Branco Junior (2011, p. 174):

Sobre as obras resultantes da transformação de obras em domínio público, o adaptador exercerá seus direitos autorais desde que imprimia à obra a originalidade necessária para configurar contribuição intelectual de sua parte.

Diante do exposto, a ilação inicial obtida é que apenas são objeto de direito autoral as obras derivadas que imprimem à obra originária um mínimo de criatividade.

As imagens disponíveis no *Google Art Project*, no entanto, são reproduções idênticas das obras. Não estão presentes nelas qualquer novo elemento de criação ou originalidade: poderiam ser consideradas questões referentes à posição, ao ângulo, à luz, à sombra, ao fundo, e novos componentes insertos, porém, ao visualizar as imagens, é como se estas tivessem sido “*scaneadas*”.

Há árduo trabalho, alto investimento de tempo e dinheiro, contudo, estas considerações não culminam em proteção de direito de autor.

Tais imagens, equiparando-se às obras que lhe deram origem, estão em domínio público também, afinal, não são nada além que reproduções fiéis desta.

As restrições impostas tecnicamente com a impossibilidade de cópia em alta qualidade limitam o acesso e a difusão das obras, distorcendo o chamado domínio público, em que o uso deve ser livre.

Quanto às disposições de uso, percebe-se que partindo do pressuposto aqui defendido, não possuem validade jurídica, são ilegais, porque vão de encontro com um dos requisitos do direito de autor, que é o contributo mínimo¹².

¹² O Manifesto do Domínio Público, Communia, defende que: qualquer tentativa falsa ou enganosa de apropriação indevida de material de domínio público deve ser legalmente punida. A fim de preservar a integridade do domínio público e proteger os usuários de obras em domínio público contra representações imprecisas e fraudulentas, quaisquer tentativas falsas ou enganosas para reivindicar exclusividade sobre material de domínio público devem ser declaradas ilegais. Nenhum outro direito de propriedade intelectual deve ser usado para reconstituir a exclusividade sobre material em domínio público. O domínio público é essencial para o equilíbrio interno do sistema de direitos autorais. Este equilíbrio interno não deve ser manipulado por tentativas de reconstituir ou obter o controle exclusivo através de regulações externas aos direitos autorais. (Disponível em

Entretanto, como esta área ainda é bastante nebulosa até entre estudiosos, imagina-se que para os usuários em geral seja muito mais. Assim sendo, o *Google* consegue indiretamente o que quer, afinal, ao ler tal regulamento, o público em geral se sente inseguro e prefere dispor de seus direitos de uso e de acesso diante do medo de ser réu em um processo de violação de direitos autorais.

5.2 Direito de Autor em crise

De um paradigma em que a indústria intermediária se “travestia” em autor para proteger seus próprios interesses e investimentos, hoje, em alguns casos frente à impossibilidade de usar este velho discurso romântico, deixa de lado este disfarce e deixa escancarado seu interesse de usar deste direito para proteger seus interesses.

Ora, apesar de sabermos que nosso direito de autor sempre teve o intuito de proteger mais a indústria do que o próprio autor, inadmissível que este possa se alargar tanto a ponto de tutelar toda e qualquer produção de obra derivada ou que tenha havido investimento.

Legítimo almejar-se o lucro, todavia, é uma deturpação do sistema utilizar o direito autoral como meio para atingi-lo, tendo por consequência a restrição do acesso aos bens intelectuais, o direito de acesso à cultura e a liberdade de criação do público. Para que servem o direito concorrencial, o livre mercado, os novos modelos de negócio e o mercado da publicidade?

Conforme a crítica feita também por Karin Grau-Kuntz, (2012, p. 41) a proteção exclusiva, em contrapartida a uma desejada contribuição reflexivo-transformadora, vem perdendo o seu sentido, e o que hoje se denomina crise de direito de autor, nada mais é do que um sintoma deste processo.

Finalmente, vale invocar os ensinamentos de José de Oliveira Ascensão (2011, p. 19), que sempre merecem atenção:

Enfim, a justificação pelas finalidades culturais dos exclusivos sobre a obra intelectual é contraditória com a banalização crescente do direito de autor, que conduz a que na maioria dos casos não haja conteúdo nenhum que mereça proteção e estímulo.

Uma vez que o domínio público é a situação normal da obra intelectual e representa o espaço de diálogo social livre, o direito de autor só faz sentido em uma situação estrita de comutatividade entre a garantia de prerrogativas exclusivas de acesso à obra em contraposição a um contributo mínimo.

O contributo mínimo não deve ser visto apenas como um requisito para aquisição de direito de autor, mas também como elemento presente no equilíbrio necessário entre o exclusivo autoral e o acesso à cultura.

6 CONCLUSÃO

Considerando que tanto mais se desconfigura o direito de autor e mais as legislações ficam restritivas, tão mais importante a preservação do domínio público já existente e a busca incessante por um domínio público fortalecido.

A promoção deste domínio público é essencial para o desenvolvimento social, principalmente nas áreas de educação, ciência, patrimônio cultural e de informação do setor público. Um domínio público fortalecido é um dos meios para assegurar os princípios do artigo 27 (1) da Declaração Universal dos Direitos Humanos (“Todos têm o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar no progresso científico e de seus benefícios”) possam ser apreciados por toda a coletividade.

Sem possibilidade de acesso é inviável a inclusão e o desenvolvimento culturais, bem como nem a formação, criação, manifestação, produção ou expressão culturais, que somente são viáveis com acesso e fruição dos bens culturais.

Numa tentativa de construção deste domínio público e de oportunizar e otimizar novos meios de acesso, com ferramentas jurídicas, demonstrou-se aqui que, de acordo com o requisito do contributo mínimo, como o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida por direito de autor; e que somente haverá incidência de direito autoral sobre as obras resultantes da transformação de obras em domínio público desde que imprimia à obra a originalidade necessária para configurar contribuição intelectual de sua parte, as imagens do *Google Art Project*, também estão em domínio público, conforme as obras as quais cada uma foi originária; e que seus termos de usos e declarações não possuem validade jurídica alguma.

Contrariando a justificação que lhe é dada, o direito de autor hoje é mais um obstáculo que como instrumento para a cultura. Se não há cultura sem criação, também não há cultura sem disponibilização do acesso aos bens culturais.

REFERÊNCIAS

ALLAN, Robin J. After Bridgeman: Copyright, Museums, and Public Domain Works of Art. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 155, 2007. Disponível em: <<http://www.pennumbra.com/issues/pdfs/155-4/Allan.pdf>>.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Digitalização, preservação e acesso ao patrimônio cultural imaterial. In: _____. *Direito da sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra, 2011. v. IX.

_____. A questão do domínio público. Estudos de Direito de Autor e Interesse Público. CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, 2., 2008. *Anais...* Fundação Boiteaux, 2008. Disponível em: <http://www.direitoautor.ufsc.br/arquivos/anais_na_integra.pdf>.

_____. Questões críticas do direito da internet. In: WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (Orgs.). *Inclusão Tecnológica e Direito à Cultura*. Florianópolis: Funjab, 2012.

BARBOSA, Denis Borges; TINOCO, Carolina; SOUTO MAIOR, Rodrigo. *O Contributo na Propriedade Intelectual: Atividade Mínima, Originalidade e Distinguibilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Domínio Público e Patrimônio Cultural*. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/bruno.pdf>>.

_____. O Domínio do Público. *Revista Eletrônica: Ibpi*, n. 6, 2012.

BOYLE, James. *Public Domain: Enclosing the commons of the mind*. New Heaven: Yale University Press, 2008.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio. *O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro: Uma Obra em Domínio Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KUNTZ, Karin Grau. Domínio público e Direito de Autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora. *Revista Eletrônica: Ibpi*, n. 6, 2012.

LACORTE, Christiano. *Bens Públicos Literários e Artísticos: a proteção autoral em face dos princípios administrativos, da função social da propriedade e dos direitos*

fundamentais de acesso ao conhecimento e à cultura. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

_____; ARENHART, Gabriela. Domínio público fortalecido: acesso ao conhecimento e fonte de criações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2.973, 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19815>>. Acesso em: 17 out. 2012.

LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. São Paulo: Trama, 2005.

SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

TINOCO, Carolina. *Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro*. 2011. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

O SISTEMA PEER-TO-PEER E OS LIMITES DO USO PRIVADO DE OBRAS PROTEGIDAS NA EUROPA E NO BRASIL

Lukas Ruthes Gonçalves

Diretor de consultoria da Locus Iuris Consultoria Jurídica, empresa júnior de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Direito pela (UFSC). Membro do grupo de pesquisa Propriedade Intelectual, Transferência de Tecnologia e Inovação(UFSC). rglukas@gmail.com

Marcos Wachowicz

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa, Portugal. Professor de Propriedade Intelectual da Faculdade de Direito da UFPR e docente do quadro permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR). marcos.wachowicz@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O sistema *peer-to-peer* permite que usuários tenham acesso a obras protegidas de maneira rápida e eficiente. Com base na exceção do uso privado, esse trabalho objetivou verificar quais seriam os limites para a utilização legal desse tipo de tecnologia no compartilhamento de obras protegidas entre seus usuários. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e o procedimento monográfico, tendo como técnicas de pesquisa a bibliográfica, jurisprudencial e empírica. Como resultado, quando utilizado exclusivamente para o *upload*, o uso do sistema *peer-to-peer* incorre em violação do Direito de Autor tanto para os tratados internacionais quanto em âmbito legislativo e judiciário da Europa e do Brasil. Já quando o fim último de sua utilização é o *download*, tal operação é enquadrada na exceção do uso privado, sendo permitida no âmbito dos tratados contanto que respeitando a regra dos três passos.

Na Europa, esse tipo de uso privado é permitido sob condições variáveis dependendo do país, indo desde o pagamento de compensação equitativa até sua autorização somente quando a fonte de tal uso é lícita. No Brasil, por outro lado, o conceito de uso privado e sua aplicação são mal ex-

plorados tanto pelo legislativo quanto pelo judiciário trazendo incertezas sobre a legalidade da utilização de sistemas *peer-to-peer*. Nesse aspecto, a influência do direito europeu se faz necessária, dada a proximidade dos dois sistemas.

Os estudos da matéria de Propriedade Intelectual revelam que aos titulares de obras competem alguns direitos de natureza patrimonial, nomeadamente os que concernem o compartilhamento e a reprodução de conteúdo. Assim, os usuários de programas que utilizam a arquitetura *peer-to-peer* estariam infringindo direitos de terceiros ou seriam eles abarcados por algum tipo de exceção pelo uso privado? Do mesmo modo, será que a possibilidade de *download* maciço por meio de sistemas P2P sob o alegado uso privado não deveria incorrer em algum tipo de limitação por parte dos legisladores mundo afora para garantir o equilíbrio entre titulares e usuários de conteúdo protegido?

Desse modo, tendo como tema delimitado o sistema P2P e os limites do uso privado, esse trabalho procura responder até que ponto o compartilhamento de arquivos entre usuários desse tipo de sistema está abarcado pela exceção do uso privado e quais seriam os limites para sua utilização. Aplicar-se-á o método de abordagem dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial dando especial enfoque aos sistemas europeu e brasileiro.

Espera-se com o exposto chegar-se em uma resposta satisfatória acerca da legalidade da utilização de sistemas *peer-to-peer* por parte do usuário final. Em um mundo cada vez mais permeado por tecnologias que permitem fácil e rápido acesso a conteúdo de diversas naturezas, o conhecimento das possibilidades de uso legal desse tipo de inovação traz mais segurança a seus usuários, que poderão usufruir delas sem medo de qualquer tipo de sanção legal.

2 O SISTEMA PEER-TO-PEER E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DE AUTOR

2.1 As origens e o funcionamento do sistema *peer-to-peer*

Discorrer sobre o funcionamento do sistema P2P envolve, em parte, falar sobre o funcionamento da própria internet, tendo em vista o elemento fulcral de ambos ser o compartilhamento de informações por meio

da rede. Contudo, focar-se-á na origem do sistema enquanto facilitador da troca de arquivos entre usuários.

O primeiro sistema a permitir esse tipo de operação foi o americano Napster. Seu criador, Shawn Fanning, de acordo com o engenheiro da Microsoft Jin Li (2008, p. 1), projetou, em maio de 1999, um programa no qual os usuários poderiam disponibilizar as músicas que estivessem dispostos a compartilhar. Além do mais, usuários do programa de Shawn faziam o download do arquivo desejado diretamente do computador de outras pessoas, dispensando o uso de um servidor central.

O programa foi lançado no início do século XXI e chegou a ter 1,5 milhões de usuários simultâneos em fevereiro de 2001. Mesmo tendo sido desligado poucos meses depois por conta de uma ordem judicial ele ajudou a popularizar e a tornar a troca de arquivos por P2P a operação de maior volume na internet (LI, 2008, p. 1).

O Napster e os seus sucessores trouxeram uma revolução na forma como se trocam arquivos na internet. É relevante, dessa maneira, clarificar o que é exatamente o sistema responsável por esse avanço.

Discorre Jin Li (2008, p. 4) que “P2P é definido como uma classe de aplicações que se aproveita de recursos – armazenamento, ciclos, conteúdo, presença humana – disponível nos cantos da internet”¹. Complementa ele que em comparação com a tradicional arquitetura cliente-servidor da internet, uma aplicação P2P tem a importante propriedade de que cada nó-duo (par) pertence a um diferente usuário e contribui com seus próprios recursos em troca do serviço disponibilizado pela rede P2P.

Assim, o par/usuário é tanto provedor quanto receptor de recursos. Quanto mais pares se juntam à rede P2P e a demanda no sistema aumenta, maior também sua capacidade. Desse modo, continua o engenheiro, uma aplicação P2P requer poucos recursos para ser gerenciada, além de ser robusta e de escala imensurável. Isso em contraste absoluto com o custo da estrutura de uma aplicação cliente-servidor, onde o servidor é responsável pela capacidade e os usuários somente se aproveitam de sua capacidade, sem contribuir com o compartilhamento de informações. Por conta disso qualquer usuário, escolhido arbitrariamente, pode ser removido da rede sem que essa sofra qualquer perda no serviço de conexão.

¹ Redação original: *P2P is defined as a class of applications that take advantage of the resources – storage, cycles, content, human presence – available at the edges of the Internet.*

Em suma, a função de uma aplicação de P2P é organizar a distribuição de conteúdo com base nos comandos de busca e fornecimento de informação dados pelos usuários. Com o programa correto o sistema permite que os usuários encontrem e compartilhem entre eles os arquivos desejados com poucos cliques.

Sendo o objetivo deste trabalho estudar o sistema supra com base no uso privado, focar-se-á a análise sob a ótica do usuário final, enquanto indivíduo fazendo uso da rede para compartilhar e receber arquivos. Tal distinção é importante tendo em vista que, apesar de ser o elemento central, o usuário não é o único participante da rede P2P. Essa envolve ainda seus intermediários como o provedor de acesso à rede e o responsável por gerenciar e disponibilizar o sistema utilizado para a troca de arquivos (como, por exemplo, Bittorrent, Kazaa, etc).

No polo do usuário percebe-se a realização de duas operações distintas ao se realizar a troca de arquivos por meio da rede *peer-to-peer* (VIEIRA, 2009, p. 4). A primeira delas, o *download*, ocorrendo quando o usuário encontra e requer a transferência de determinado arquivo para seu computador. A segunda, o *upload*, em decorrência da disponibilização de tal arquivo para que outros possam acessá-lo, de forma a manter a redundância da rede.

A polêmica na utilização do sistema está no fato dele permitir o compartilhamento de obras protegidas de maneira rápida, fácil e sem a autorização do titular do direito. Pode-se argumentar em defesa desse tipo de prática que pelo fato dela ser utilização integral ou parcial da obra por pessoa singular sem fins econômicos e sem a intermediação de terceiros a mesma poderia ser caracterizada como uso privado, portanto além dos limites da atuação do direito patrimonial do autor². Contudo, esses limites foram expandidos, nomeadamente pela introdução e evolução da regra dos três passos, a qual passou a regular fortemente a possibilidade de utilização do limite do uso privado.

À vista disso, passar-se-á a discorrer sobre cada uma das operações realizadas ao se utilizar o sistema *peer-to-peer*. Objetiva-se verificar a possibilidade de enquadrá-las como uso privado ou não, apontando, caso contrário, quais direitos estariam sendo infringidos mediante a troca de arquivos.

² Pelas próprias características do compartilhamento de arquivos pelo sistema P2P: individualidade, fins não lucrativos, sem intermediários.

2.2 O download de obras protegidas

Na definição de José Alberto Vieira (2009, p. 4) “por *download* entende-se a recepção num computador de um ficheiro armazenado remotamente noutra local, que pode ser um servidor *web*, um servidor FTP, um servidor de correio eletrónico ou outro computador, por exemplo, numa rede P2P”. Destaca o autor que esse termo é frequentemente associado a outra operação efetuada no computador receptor pelo seu utilizador, qual seja a gravação do arquivo.

A mera recepção, em sua opinião, não configuraria violação de algum direito patrimonial do autor, tendo em vista ser abarcada pelo uso privado (é o que ocorre, por exemplo, quando se visualiza um vídeo na internet). O grande problema estaria justamente na realização de cópia duradoura do arquivo no disco rígido do computador, permitindo sua visualização ainda que desconectado da internet, o que ocorre quando se trocam arquivos pelo sistema P2P.

Nesse ponto cumpre destacar que os direitos patrimoniais tuteláveis quando tal gravação é feita seriam o direito de comunicação, o direito de reprodução e o direito de comunicação e disposição da obra ao público, mas será que todos ou sequer um deles é abalado por essa atividade?

Sobre o direito de comunicação, Westkamp et al. (2007, p. 26) asseveram que a característica da simultaneidade da apreciação da obra no decorrer da sua transmissão seria indispensável, bem como defendem que obra devesse ser transportada de um lugar para outro. Assim, o aspecto dinâmico da troca de arquivos pela internet não seria, a princípio, aplicável a tal direito, pois não é vinculada a um período específico de tempo.

A aplicação do Direito de Reprodução à troca de arquivos pela internet é tímida no sistema do *Droit D’auteur*, mesmo porque nesse ele sofre com a limitação do uso privado, porém seu uso é muito mais sentido no direito anglo-saxónico, em especial o norte-americano. Já destaca Pedro Cordeiro (2012, p. 199):

Ao analisarmos o ordenamento jurídico norte-americano, deparámo-nos com o entendimento de que o acto de descarregamento (“download”) implica a utilização do direito de reprodução. Desde 1993 com a sentença *Playboy, Inc. vs Frena*, que tal é assumido e constitui ponto assente nas orientações dadas aos jurados.

A solução que lhe parece mais preferível, no que tange o sistema do *Droit D'auteur*, é considerar o ato subsequente à colocação à disposição do público como um ato meramente técnico, não reconduzível ao direito de reprodução. Assim, o único direito afetado, de acordo com o autor português, ao se realizar a troca de uma obra protegida por meio da internet seria o DCDP, e não necessariamente quando do seu *download*. Em suas palavras:

O acto de exploração dá-se com a colocação à disposição do público: daí em diante tudo é coberto pelo âmbito do direito; mas há então mero acto de execução e não de exercício de qualquer faculdade do direito autoral de reprodução, porque o direito autoral já está exercido. Admitir o acto de download como envolvendo o direito de reprodução seria uma situação incompatível com o DCDP. (CORDEIRO, 2012, p. 204)

Assim, somente o *upload*, a ser abordado no próximo tópico, seria passível de tutela pelo DCDP, de modo que a realização de *download*, pelo direito continental europeu, estaria abarcada em sua totalidade pelo limite do uso privado. Na opinião de Pedro Cordeiro (2012, p. 21), “se o choque de permitir o download do ficheiro é grande, tal advém do fato de não ter havido uma contrapartida para o autor. Todavia, foi esse o caminho seguido pelos Tratados Internet”.

Contudo, sobre a legalidade do *download*, há no direito comparado uma outra grande tendência. Os países anglo-americanos não conhecem o limite do uso privado e não consagram a cópia privada. Conforme Alberto Vieira (2009, p. 7),

Nestes, dentro de uma lógica de monopólio absoluto, o *download* ou cai no âmbito do *fair use*³ (Estados Unidos) ou *fair dealing* (Reino Unido) ou constitui, pura e simplesmente, uma violação do *copyright*.

Constatando-se que a jurisprudência destes países não tem incluído o *download* de ficheiros digitais contendo obras protegidas no âmbito do *fair use* (ou *fair dealing*) são ilícitos nestas ordens jurídicas os actos que envolvam a gravação de ficheiros digitais através da Internet.

³ O *fair use* tem como partida o *common law* e implica uma apreciação de base equitativa, pela análise de todas as circunstâncias relevantes, de modo a apurar se aquele tipo de utilização por terceiros da obra é justo (ASCENSÃO, 2003, p. 7).

Isto posto, ainda que o *download* esteja a princípio livre da tutela do Direito de Autor no âmbito do direito continental europeu, do qual o Brasil bebe da fonte, cabe ver nos próximos capítulos as especificidades de cada legislação para realmente determinar se a gravação de arquivos no disco rígido de um computador é realmente tão livre quanto os princípios e os tratados internacionais fazem deduzir.

2.3 O *upload* de obras protegidas

O *upload* é uma operação contrária ao *download*. Trata-se da transmissão de um arquivo que se encontra em um sistema local para outro ponto da rede, como, por exemplo, de um PC para um servidor. Dependendo do programa P2P utilizado, geralmente após recebidos os arquivos ficam em partilha, tornando-se acessíveis ao *download* de outros usuários do respectivo sistema.

Na opinião de José Alberto Vieira (2009, p. 23),

O problema jurídico que o *upload* gera no sistema de Direito de Autor não é o mesmo do *download*, pois não tem associado uma nova cópia de obra protegida. Envolve, todavia, a disponibilização da obra ao público, dado que esta passa a estar acessível a outros que possam aceder livremente ao ficheiro no servidor ou ao computador do utilizador no sistema P2P.

Por suas características exclusivas, viu-se que o direito que é afetado pelo *upload* de arquivos pelo sistema *peer-to-peer* seria o Direito de Comunicação de Disposição da Obra ao Público, conforme disposto no artigo 8º do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor. Contudo, diz José Alberto Vieira, “um *upload* simultâneo ao *download* para uso privado, e causado pela realização deste último, não constitui uma violação do direito de autor se o utilizador fizer cessar no seu computador a comunicação ao público após ter acabado de fazer a sua cópia”. Desse modo, somente o *upload per se* constituiria violação do supracitado direito, não sendo tutelável pelo uso privado pelo caráter eminentemente público de todos os usuários do sistema P2P terem acesso ao arquivo disponibilizado na rede.

3 A REGULAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR NO ÂMBITO DE UNIÃO EUROPEIA: A DIRETIVA 2001/29

3.1 A internalização dos Tratados Internacionais na legislação europeia

O Considerando 15 da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho⁴ assevera que, entre outros, TODA já havia sido assinado pela maioria dos Estados-Membros da União Europeia e estava em procedimento de ratificação pela UE. A Diretiva destinar-se-ia, portanto, a dar execução a algumas destas obrigações internacionais assinaladas pelo Tratado da OMPI. Levando em consideração que o artigo 1º do TODA já previa expressamente a necessidade de se observar as disposições da Convenção de Berna quando de sua leitura, subentende-se a referida Diretiva europeia estar também de acordo com essa determinação.

Assim, o objetivo central dela é estabelecer diretrizes gerais sobre a proteção dos direitos de autor a serem usadas como base para a criação e interpretação de normas específicas dentro dos países integrantes da União Europeia.

3.2 A proteção dos Direitos de Autor pela Diretiva 2001/29

Confirmada a influência direta da Convenção de Berna e do TODA, é necessário estudar as disposições da Diretiva 2001/29 acerca dos direitos patrimoniais do autor. Patrícia Akester (2013, p. 340) comenta que ela harmoniza, entre outros, os direitos patrimoniais à reprodução, à comunicação e à disposição ao público (sendo esta última a pedido do utilizador).

O primeiro deles, reprodução, pode ser encontrado no artigo 2º da Diretiva prevendo que o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, diretas ou indiretas, temporárias ou permanentes, por quais-

⁴ O Considerando 15 da Diretiva 2001/29 dispõe: “A Conferência Diplomática realizada sob os auspícios da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), em dezembro de 1996, conduziu à aprovação de dois novos tratados, o Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor e o Tratado da OMPI sobre Prestações e Fonogramas, que tratam, respectivamente, da proteção dos autores e da proteção dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas. Estes tratados atualizam significativamente a proteção internacional do direito de autor e dos direitos conexos, incluindo no que diz respeito à denominada «agenda digital», e melhoram os meios de combate contra a pirataria a nível mundial. A Comunidade e a maioria dos seus Estados-Membros assinaram já os tratados e estão em curso os procedimentos para a sua ratificação pela Comunidade e pelos seus Estados-Membros. A presente diretiva destina-se também a dar execução a algumas destas novas obrigações internacionais.”.

quer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, cabe aos autores e artistas intérpretes executantes, para o fruto de seu trabalho.

Acerca desse direito dispõe Akester (2013, p. 340):

A Diretiva sobre a Sociedade da Informação consagra uma definição ampla do conceito de reprodução, incluindo, no seu escopo, todos os tipos de reprodução que possam ocorrer na Internet, quer essa reprodução que possam ocorrer na Internet, quer essa reprodução seja direta ou indireta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e formas, quer abranja o todo, quer parte da obra.

Tal expansão é importante, tendo em vista que o Direito de Reprodução no âmbito da Convenção de Berna era limitado somente à confecção de exemplares, não estando o âmbito digital, a princípio, abarcado por eles. A importância desse aumento no entendimento do conceito de reprodução será especialmente sentida no próximo tópico quando se verão os limites estabelecidos para os Direitos do Autor.

Sobre o Direito de Comunicação da obra ao público e o DCDP, o primeiro previsto na Convenção de Berna e o segundo no TODA, percebe-se a absorção de um pelo outro na presente Diretiva. Ele está previsto no artigo 3º (1) da normatização europeia com a seguinte redação:

Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torna-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.

Dessa forma, a primeira parte do trecho supracitado concede aos autores um direito geral de comunicação ao público enquanto que a segunda incorpora o DCDP. Nomeadamente quanto à comunicação ela abrange todas as comunicações ao público não presente no local de transmissão, seja ela com fio ou sem fio, de acordo com o Considerando 23⁵ da Diretiva. Já

⁵ O Considerando 23 da Diretiva 2001/29 dispõe: “A presente diretiva deverá proceder a uma maior harmonização dos direitos de autor aplicáveis à comunicação de obras ao público. Esses direitos deverão ser entendidos no sentido lato, abrangendo todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações. Abrangem ainda qualquer transmissão ou retransmissão de uma obra ao público, por fio ou sem fio, incluindo a radiodifusão, não abrangendo quaisquer outros atos.”.

quanto à colocação à disposição do público, Patrícia Akester (2013, p. 348) destaca que esse

Abrange todos os atos de colocação de obras e prestações protegidas à disposição do público, público esse não presente no local de onde provêm esses atos de colocação à disposição, emergindo no fato de qualquer pessoa poder aceder-lhes a partir do local e no momento por ela escolhido.

Por conseguinte, percebe-se da transposição da Convenção de Berna e do TODA para a Diretiva 2001/29 uma evolução dos conceitos. Enquanto que o direito de reprodução se expande para abarcar as cópias providas do ambiente digital, o direito de comunicação e o DCDP são unidos de modo a abarcar todos os meios de transmissão da obra ao público e, especialmente, a maneira como se tem acesso a ela, percebendo-se claramente o enfoque dado à internet.

3.3 Os limites ao Direito de Autor de acordo com a Diretiva 2001/29

A exemplo da Convenção de Berna, do Acordo TRIPS e do TODA, a Diretiva 2001/29 também prevê, em seu artigo 5º, certos casos em que o uso da obra sem a autorização de seu titular é permitido. Entre elas, no artigo 5º, n. 2, alínea b, encontra-se a previsão da cópia privada:

Em relação às reproduções em qualquer meio efetuadas por uma pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais diretos ou indiretos, desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação ou a não aplicação de medidas de caráter tecnológico.

Em relação à primeira parte do artigo percebe-se direta relação com os dispositivos das leis internacionais já mencionados. Já refere o Considerando 33 da Diretiva que se o ato de reprodução não tiver caráter econômico, for realizado de maneira temporária e for legítimo (por pessoa singular conforme já referido no ponto 1.2.1), tal constitui uma exceção ao direito exclusivo de reprodução previsto na Diretiva.

Entretanto, com o objetivo de salvaguardar um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos

a Diretiva introduziu no Considerando 31⁶ a necessidade de compensação equitativa pela cópia privada na segunda parte do artigo. O objetivo dessa instituição seria, nas palavras de Dário Moura Vicente (2011, p. 5), o de compensar o possível prejuízo causado aos titulares de direitos pelos atos praticados ao abrigo das exceções ou limitações ao direito de autor.

Além da possibilidade do uso privado essa normatização estabelece extenso rol taxativo de limites e exceções aos direitos de autor que os países da UE podem consagrar. Contudo, conforme destaca José Alberto Vieira (2009, p. 6), “apesar de taxativo, o elenco dos limites admitidos ao direito de autor foi deixado na vontade dos Estados-membros, que os consagrarão ou não de acordo com os ditames da sua política interna”.

Desse modo, a aplicação de preceitos, em sua totalidade ou não, ficará a critério de cada Estado-Membro da UE. As disposições do artigo 5º da Diretiva servem, então, apenas como uma base para os legisladores nacionais redigirem suas leis. Isto posto, inclusive as disposições da cópia privada e da compensação equitativa são passíveis de não serem aplicadas pelas legislações dos países da UE.

Todavia, independentemente das exceções adotadas, os Estados-Membros são obrigados a limitar sua atuação com base na regra dos três passos. Isso está disposto no artigo 5º, n. 5, o qual prevê o seguinte:

As exceções e limitações contempladas nos números 1, 2, 3 e 4 só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito.

Percebe-se aqui uma clara preocupação da Diretiva em garantir o uso comedido das limitações aos Direitos de Autor, independentemente de

⁶ O Considerando 31 da Diretiva 2001/29 dispõe: “Deve ser salvaguardado um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos, bem como entre as diferentes categorias de titulares de direitos e utilizadores de material protegido. As exceções ou limitações existentes aos direitos estabelecidas a nível dos Estados-Membros devem ser reapreciadas à luz do novo ambiente electrónico. As diferenças existentes em termos de exceções e limitações a certos atos sujeitos a restrição têm efeitos negativos diretos no funcionamento do mercado interno do direito de autor e dos direitos conexos. Tais diferenças podem vir a acentuar-se tendo em conta o desenvolvimento da exploração das obras através das fronteiras e das atividades transfronteiras. No sentido de assegurar o bom funcionamento do mercado interno, tais exceções e limitações devem ser definidas de uma forma mais harmonizada. O grau desta harmonização deve depender do seu impacto no bom funcionamento do mercado interno.”.

quais elas sejam. Sobre a questão Alberto Vieira (2009, p. 35) adverte que a regra dos três passos deve ser entendida como instrumento de controle da política legislativa dos Estados no estabelecimento de limites ao direito de autor, enquanto que Moura Vicente (2011, p. 263) recorda que “a regra dos três passos constitui um todo indivisível e que os três passos devem ser considerados conjuntamente e como um todo numa avaliação global”.

Tais afirmações asseveram a necessidade de aplicar a regra dos três passos como técnica de controle legislativo e que a redação de uma lei sobre o assunto precisa estar pautada nesse teste como um todo, ainda que estabelecidos critérios específicos para os “casos especiais” no artigo 5º da Diretiva.

O *upload* continua amplamente abarcado pela Diretiva, especialmente no que tange ao artigo 3º conter o Direito de Comunicação e o DCDP e o fato de que o artigo 5º não contém nenhuma exceção aplicável ao caso, de modo que sua prática de maneira independente continua ilegal. Quanto ao *download* a análise resta mais complexa. Pelo fato do direito de reprodução estar alargado e de cada país poder estabelecer quais limites aplica ou não aplica, nem sempre o uso e a cópia privada serão tutelados da mesma forma. Isso permite a existência de países que exijam a compensação equitativa, outros que exijam a cópia seja feita de obra licitamente adquiridas e ainda aqueles que proibam a reprodução com fins privados.

O propósito do próximo ponto é, então, tentar dirimir algumas dúvidas com relação à aplicação dos direitos e limitações mencionados por meio da análise desses em julgados do TJUE os quais tangenciem o compartilhamento de arquivos por meio da internet. Com o esclarecimento desses pontos levantados pela normativa europeia é que se poderá ver como alguns países aplicam efetivamente essas disposições

4 O TJUE E A JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA REFERENTE AO COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS NA REDE

4.1 Jurisprudência europeia

No que se refere ao *upload* de arquivos na internet, a jurisprudência do TJUE se mostra muito clara no sentido de julgar esta como infração ao direito de comunicação e disposição da obra ao público (art. 3º da Diretiva 2001/29). Como primeiro exemplo tem-se o processo C-170/12 de 13/06/2013, submetido pela *Cour de Cassation* francesa.

Esse opõe P. Pinckney, músico francês, à KDG Mediatech, empresa de mídia austríaca. O primeiro acusou o segundo de realizar e distribuir cópias físicas de suas músicas em território francês, assim como divulgá-las digitalmente, por meio de *upload*. A questão cujo TJUE foi instado a se pronunciar concernia à delimitação de competência territorial para crimes cometidos através da internet. O relevante para a questão, contudo, é o que se comenta acerca do *upload* de obras.

O TJUE, nesse caso, considerou que a venda dos CDs contendo a música de P. Pinckney sem sua autorização deveria se equivaler à distribuição realizada através da rede, pois ambas teriam como objetivo “transferir a propriedade do suporte material de um conteúdo protegido por um direito de autor”.

O acórdão justifica tal posição citando o já referido Considerando 23 da Diretiva 2001/29, argumentando que a intenção do legislador seria de que todos os processos de comunicação da obra ao público fossem abrangidos pelo artigo 3º da normatização. Ademais, conclui a turma julgadora nesse aspecto que “se a colocação em linha das canções a que se refere o órgão jurisdicional de reenvio for considerada um ato de reprodução, parece-me que este estará localizado no lugar da colocação em linha (*upload*)”. Assim, percebe-se que tanto no caso da aplicação do DCDP, quanto na aplicação do direito de reprodução, resta evidente que a infração ocorre no momento da distribuição das obras.

Outro caso que reforça essa tese é o processo C-607/11 de 07/03/2013, submetido pela *High Court of Justice* do Reino Unido, o qual opõe o grupo *ITV Broadcasting à TVCatchup Ltd*, esta acusada de difundir pela internet em tempo real as emissões televisivas da primeira.

Esse acórdão traz uma definição importante ao considerar que os meios de transmissão pela internet são independentes de outros, de modo que necessitam de autorização individual do titular do direito de autor, nos termos do artigo 3º, n. 1 da Diretiva 2001/29. Assim dispõe o julgado:

Uma vez que uma disponibilização das obras através da retransmissão, na Internet, de uma radiodifusão televisiva terrestre é feita empregando um modo técnico específico que é diferente do da comunicação de origem, deve ser considerada uma «comunicação» na aceção do artigo 3º, n. 1, da Diretiva 2001/29. Por conseguinte, essa retransmissão não pode subtrair-se à autorização dos autores das obras retransmitidas quando estas são comunicadas ao público.

Por fim, o conceito mais importante é trazido pelo processo C-245/00 de 06/02/2003, submetido *Hoge Raad* neerlandês acerca da necessidade da efetiva comunicação ao público para se enquadrar uma disposição da obra no artigo 3º da supracitada diretiva. O caso opunha o *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA)* contra o *Nederlandse Omroep Stichting (NOS)*.

Ao tratar sobre a distribuição de obras via internet, esse acórdão comenta que “o conceito de público a que se refere a referida disposição visa um número indeterminado de destinatários potenciais e implica, por outro lado, um número de pessoas bastante importante”, destacando ser irrelevante saber se os destinatários da obra efetivamente a acessam, denominando-os de destinatários potenciais.

Entretanto, nem toda disponibilização de conteúdo é ilegal, como revela o processo C-360/13 de 05/06/2014, submetido pela *Supreme Court* do Reino Unido. Nele, a *Public Relations Consultants Association Ltd* e a *Newspaper Licensing Agency* litigavam a respeito da necessidade de se conseguir dos titulares de obras uma permissão para a consulta de *websites* que impliquem a cópia desses na tela do computador do usuário e na memória de armazenamento temporário do disco rígido desse computador.

No parágrafo 57 do acórdão sobre a legalidade do conteúdo presente na internet, o TJUE comenta:

A este respeito, há que salientar que os editores dos sítios Internet disponibilizam as obras aos internautas, tendo aqueles editores, por sua vez, em conformidade com o disposto no artigo 3º, nº 1, da Diretiva 2001/29, a obrigação de obter a autorização dos titulares dos direitos de autor em causa, consistindo esta disponibilização numa comunicação ao público na aceção deste artigo.

Percebe-se, por uma questão de lógica, que o conteúdo disponibilizado com a autorização de seu titular não infringe o artigo 3º da diretiva acima. Outrossim, a decisão final desse processo é igualmente relevante, pois estabelece, saindo do âmbito do *upload* e passando a discutir o *download*, que cópias feitas de maneira temporária estão abarcadas pela condição da regra dos três passos (art. 5º, n. 5 da Diretiva), portanto podendo serem realizadas sem a autorização do titular dos direitos da obra. Nas palavras do *decisium*:

O artigo 5.º da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, deve ser interpretado no sentido de que **as cópias no ecrã de um computador do utilizador e as cópias na memória de armazenamento temporária** (memória «cache») do disco rígido desse computador, **efetuadas por um utilizador final durante a consulta de um sítio Internet, preenchem os requisitos segundo os quais essas cópias devem ser temporárias, transitórias ou episódicas e constituir parte integrante e essencial de um processo tecnológico, bem como os requisitos fixados no artigo 5.º, n.º 5, desta diretiva**, e podem, por conseguinte, ser realizadas sem autorização dos titulares de direitos de autor. (Grifo meu)

Porém, como proceder se a cópia realizada é permanente, armazenada no disco rígido do computador, como quando ocorre em decorrência do *download* via P2P? Essa é a pergunta que o processo C-467/08 de 11/05/2010, submetido pela *Audiencia Provincial* de Barcelona, se propõe a responder. Esse caso opõe a Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), entidade espanhola de gestão de direitos de propriedade intelectual, contra a empresa de mídias tecnológicas Padawan S.L.

A SGAE exigiu da Padawan o pagamento de compensação equitativa por cópia privada pelos dispositivos de mídia (CDs, DVDs, leitores de MP3) comercializadas por esta entre 2002 e 2004. A compensação equitativa, como visto anteriormente, está prevista no artigo 5.º, n. 2, alínea b), da Diretiva 2001/29 e visa remunerar os titulares do direito de autor pelo prejuízo sofrido em decorrência da prática legal do uso e da cópia privada. A questão central submetida era se “o regime legal vigente no Reino de Espanha, que consiste em aplicar a taxa por cópia privada a todos os equipamentos, aparelhos e suportes de reprodução digital de forma indiscriminada, pode ser considerado compatível com a diretiva”. A solução permitiria afirmar se SGAE teria o direito de exigir compensação sobre todos os dispositivos tecnológicos vendidos pela Padawan ou somente aqueles efetivamente utilizados para a cópia privada. Subsidiariamente também se indagou se a compensação equitativa pela cópia privada deveria ser harmonizada pelos membros da UE, ou seja, necessariamente aplicada a todos, ou não.

Na decisão do caso, o TJUE declarou primeiramente que os estados-membros da UE devem garantir um justo equilíbrio entre titular e utili-

zador dos direitos de autor, de modo que aplicação do princípio da compensação equitativa deve ser aplicado para todos os Estados-membros da UE. Em segundo lugar, declarou que tal taxa só poderia ser aplicada aos dispositivos tecnológicos utilizados para esse fim, de modo que o SGAE somente poderia cobrar da Padawan valores referentes aos dispositivos tecnológicos efetivamente utilizados para o uso privado.

A análise desse acórdão revela que na Europa ainda que o uso ou cópia seja feito por pessoa singular para uso privado, sem fins comerciais e respeitando a regra dos três passos, a compensação equitativa ainda assim é devida. Entretanto, uma questão que esse último processo não sana é se a taxa também poderia ser cobrada quando a origem da obra é ilícita, o que ocorre, via de regra, quando da disponibilização de conteúdo via P2P. É esse último questionamento, central para o desenvolvimento do trabalho, que o processo C-435/12 de 09/01/2014, submetido pelo *Hoge Raad* neerlandês, soluciona.

As requerentes nesse caso eram uma série de importadoras e produtoras de dispositivos de mídia destinados à gravação de obras, enquanto que as requeridas eram a *Stichting de Thuis kopie*, fundação encarregada pela cobrança da taxa por cópia privada, e a *Stichting Onderhandeligen*, órgão encarregado de fixar o montante a ser cobrado. As primeiras intentaram ação contra as segundas alegando que a compensação equitativa só deveria ser cobrada quando a cópia fosse feita a partir de obra disponibilizada licitamente. Argumentavam no sentido de não se cobrar a taxa pela cópia privada quando a reprodução se originasse de fonte ilícita, em violação do direito de autor.

Em decorrência disso, o *Hoge Raad* suspendeu a instância e apresentou ao TJUE duas questões prejudiciais importantes para o trabalho em questão. A primeira é justamente se o artigo 5º, nº 2, *initio* e alínea b, conjugado ou não com o artigo 5º, nº 5, é aplicável para cópias decorrentes de fontes ilícitas ou não. A segunda, caso negativa a primeira, é se uma norma de direito nacional pode prever tal violação sem violar as disposições da diretiva.

Em resposta à primeira questão, o TJUE assim se manifestou:

O artigo 5º da Diretiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que a exceção de cópia privada que prevê só se aplica às reproduções de obras ou de material protegido a título do direito de autor e dos direitos conexos realizadas a partir de fontes lícitas.

Já no que se refere à segunda, o acórdão expõe que “um Estado-Membro não pode cobrar a taxa que deve acompanhar-la, a não ser sobre as reproduções de obras ou de material protegido a título do direito de autor e dos direitos conexos realizadas a partir de fontes lícitas”. Portanto, percebe-se que a compensação equitativa pela cópia privada só é possível de ser aplicada em decorrência de uma reprodução de obra a partir de fonte lícita e que o Estado-membro na UE não pode prever modalidade de cobrança sobre a reprodução a partir de fonte ilícita em seu ordenamento.

Chega-se à conclusão de que enquanto a jurisprudência europeia é bem clara no sentido de proibir o *upload* de obras, o mesmo não ocorre no que tange ao *download*, de modo que no âmbito do TJUE não se pode considerar a questão do *download* como pacificada. Fica claro que nesse aspecto reproduções temporárias em telas de computador são autorizadas, enquanto às permanentes requerem o pagamento de compensação equitativa, além do respeito à regra dos três passos. Todavia, a cobrança de compensação só pode ser feita em decorrência de disponibilização lícita. Assim, fica claro que o usuário do sistema *peer-to-peer* que somente realiza o *download* de obra, além de ter sua utilização abarcada pelo princípio do uso privado, ao menos em âmbito da diretiva, fica desobrigado do pagamento de compensação equitativa.

No que se refere à disponibilização de obras por esse sistema, por outro lado, a jurisprudência é muito clara em proibir sua realização sem a autorização do titular do direito de autor, de modo a tornar ilegal o ato de *upload*. Sendo, pela própria natureza do sistema, as duas operações realizadas simultaneamente poderia ocorrer certa confusão sobre qual precedente aplicar. Por esse motivo José Alberto Vieira (2009, p. 39) esclarece:

Um *upload* simultâneo ao *download* para uso privado, e causado pela realização deste último, não constitui uma violação do direito de autor se o utilizador fizer cessar no seu computador a comunicação ao público após ter acabado de fazer a sua cópia. De outro modo, um processo técnico de funcionamento do software de partilha de ficheiros serviria de obstáculo ao exercício da liberdade de copiar obra ou prestação para uso privado, eliminando esta, o que não parece aceitável.

Assim, pelo próprio funcionamento do sistema, tornar seu uso para *download* ilegal pelo motivo do *upload* ser feito simultaneamente evitaria o uso legítimo dessa tecnologia. Por esse motivo a proibição de programas

de compartilhamento via P2P não seria uma solução legítima para o compartilhamento ilegal de arquivos, ao proibir que outras pessoas façam seu uso de maneira abarcada pela lei.

Observou-se ao final tanto do ponto sobre a Diretiva 2001/29 quanto do ponto sobre sua aplicação jurisprudencial que amplo espaço regulatório é deixado aos Estados, com a Diretiva apenas estabelecendo a necessidade de se garantir o equilíbrio aos interesses do autor e o tribunal garantindo uma aplicação uniforme desses princípios. No tópico seguinte, analisar-se-á algumas leis de Estados-Membros da União Europeia sobre a possibilidade de *download* de obras por meio de sistemas *peer-to-peer*. Esse será exemplificado tanto por meio de regulamentações mais restritivas à possibilidade de livre *download* de obras quanto por meio daquelas mais permissivas à tal prática.

5 A REGULAÇÃO DO DOWNLOAD E UPLOAD DE OBRAS POR ALGUNS ESTADOS-MEMBROS DA UE

5.1 Legislação do Reino Unido

No extremo mais restritivo à prática do *download* encontra-se a legislação do Reino Unido. Como visto, este território não consagra a teoria do uso privado, não sendo aplicado às cópias individuais o conceito de *fair dealing*.

Este, ainda que não possua definição exata, constitui-se de atos detalhados extensivamente pela *Copyright, Designs and Patents Acts* (CDPA) de 1988 (WAELDE et al., 2014, p. 168), lei britânica sobre o Direito da Propriedade Intelectual. Esse rol taxativo encontra-se entre as subseções 28 e 76 da referida lei sob o título '*Acts Permitted in relation to Copyright Works*' e objetiva garantir o uso livre de obras em áreas onde se pensa que o interesse público na disseminação de informações e ideias é maior do que o interesse do detentor de direitos em ser recompensado pelo uso de sua obra (WAELDE et al., 2014, p. 39). Ao contrário da lei americana, a qual permite a aplicação de seu *fair use* caso a caso, o *fair dealing* não possui um princípio geral que permite sua aplicação além daquelas dispostas em lei.

Alec Cameron (2015, p. 1.003) destaca que a legislação britânica só permite qualquer tipo de cópia ou uso privado quando o usuário já detém uma cópia da obra e que essa não permite o compartilhamento da obra em âmbito familiar (enquanto extensão do uso privado dentro de um grupo

fechado de pessoas). Do contrário, a realização de *downloads* por meio de um programa P2P representaria uma violação do *copyright* e induziria seu autor em responsabilidade pela mesma (*direct infringement*) (WAEDELDE et al., 2014, p. 40).

5.2 Legislação da Alemanha

A legislação alemã, por outro lado, consagra o sistema do uso privado no artigo 53 e 54 de seu *Urheberrechtsgesetz* (ALEMANHA, 1965). Entretanto, tal uso contém limitações, haja vista o artigo 53 dessa lei somente permitir o uso privado referente a obras que não tenham tido origem evidentemente ilegal. Conforme redação da primeira parte do dispositivo:

Será permitido a uma pessoa natural fazer cópias individuais de uma obra para uso privado em qualquer meio, na medida em que elas não sirvam direta ou indiretamente para interesses comerciais, enquanto nenhuma fonte de origem inequivocamente ilegal, ou que tenha sido disponibilizada por meios ilícitos, seja utilizada para a realização da cópia.

José Alberto Vieira (2009, p. 16) observa que a redação do dispositivo pode gerar dúvidas no que concerne à legalidade do *download* de conteúdo via sistema P2P, especialmente no que tange a exigência de a fonte da cópia realizada não ser “inequivocamente ilegal”. Esclarece o autor português que o usuário do sistema não teria a obrigação de saber a origem do conteúdo baixado por meio dele, devendo somente tomar cuidado para não realizar o *upload* da obra, tendo em vista sua iminente ilegalidade sem a autorização do titular.

Todavia, conforme já noticiou o portal de notícias *Torrentfreak*⁷, no ano de 2013, 446 titulares de direitos de autor enviaram, juntos, 109.000 notificações extrajudiciais para usuários alemães acusados de fazerem cópias de obras a partir de fontes ilícitas na internet. Tais notificações abrangiam desde cópias de e-books até grandes filmes e músicas.

Isto posto, percebe-se que as grandes produtoras e gravadoras vêm utilizando o artigo 53 do *Urheberrechtsgesetz* para processar usuários que

⁷ Disponível em: <<https://torrentfreak.com/lawyers-sent-109000-piracy-threats-in-germany-during-2013-140304/>>. Acesso em: 06 maio 2015.

realizem o *download* de obras protegidas em território alemão, contradizendo o exposto anteriormente pelo jurista português. Percebe-se assim que apesar de menos rígida que a lei britânica, a lei alemã conduz a efeito prático equivalente de inviabilizar cópias realizadas para uso privado.

5.3 Legislação da Espanha

No sistema espanhol, a recente modificação ao “Real Decreto Legislativo 1/1996” (ESPAÑA, 1996), datada de 05/11/2014, fez com que o modo de se aplicar o uso privado nesse país se assemelhasse em muito com o modelo alemão. O novo artigo 31, número 2, e suas letras “a” e “b” assim preveem:

2. Sem prejuízo da compensação equitativa prevista no artigo 25, não precisa de autorização do autor a reprodução, em qualquer suporte, sem assistência de terceiros, de obras já divulgadas, quando concorram simultaneamente as seguintes circunstâncias, constitutivas do limite legal de cópia privada: a) que se levem a cabo por uma pessoa física exclusivamente para seu uso privado, não profissional nem empresarial, e sem fins direta ou indiretamente comerciais. b) que a reprodução se realize a partir de obras a que tenha acessado legalmente a partir de uma fonte lícita.

Pelo seu caráter recente não é possível avaliar se essa modificação à lei terá o mesmo resultado prático da lei alemã. Entretanto é possível de se perceber a preocupação do legislador espanhol em coibir a realização de cópias a partir da internet.

5.4 Legislação da Itália

A Itália, por sua vez, adota um sistema de compensação equitativa no qual a responsabilidade pela remuneração da cópia privada é dos vendedores e distribuidores de dispositivos tecnológicos que permitam a realização da cópia. Assim dispõem os artigos 71-septies, números 1 e 3 da lei italiana de direito de autor (Legge, 22/04/1941 n. 633, G.U. 16/07/1941):

1. Os autores e produtores de fonogramas, não diferente dos produtores originais de obras audiovisuais, artistas e produtores de

gravações de vídeo, e seus sucessores, têm direito a remuneração para a cópia privada das gravações sonoras e gravações de vídeo conforme o artigo 71-sexies. Este pagamento é feito, para os equipamentos utilizados exclusivamente para gravação analógica ou digital das gravações de som ou de vídeo [...] 3. A compensação é devida por quem fabrica ou importa para o território do Estado a fim de lucrar com os dispositivos e meios de comunicação a que se refere o número 1.

Essa disposição então desobrigaria o usuário final que realiza o *download* de uma obra a partir de um sistema P2P de indenizar pelo seu uso privado. A única limitação estabelecida ao usuário é trazida pelo artigo 71-sexies que prevê ser “consentida a reprodução privada de fonogramas e videogramas em qualquer suporte, efetuada por uma pessoa física exclusivamente para uso pessoal, sem escopo de lucro e sem fim comercial direto ou indireto”. Nota-se aqui a limitação ao princípio do uso privado somente para cópias de arquivos de áudio e vídeo, deixando de fora, aparentemente, outras formas de obras (WESTKAMP, 2007, p. 17).

5.5 Legislação de Portugal

Por fim, esse tema é regulado no Direito português por meio do Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos (PORTUGAL, 1985) (CDADC), aprovado pelo Decreto-lei 63/85, de 14 de março. A disposição acerca do uso privado pode ser encontrada no artigo 75º, n. 2, alínea a, que diz ser lícita sem o consentimento do autor:

A reprodução, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com excepção das partituras, bem como a reprodução por qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos.

Constata-se da verificação desse dispositivo que com exceção das partituras qualquer obra pode ser utilizada livremente em âmbito privado, independentemente se provir de fonte lícita ou não. Até muito recentemente a legislação desse país costumava ser a mais leniente ao usuário no que concernia a possibilidade de *download* por meio de sistemas P2P. Isso

mudou em decorrência da Lei 62/98 (PORTUGAL, 2014), de 01/09/14, promulgada pelo presidente português em março de 2015, a qual prevê a necessidade de compensação pela cópia privada.

Essa lei prevê a cobrança de uma taxa a ser incluída no preço de venda de todo aparelho capaz de armazenar conteúdo digital, a qual será repassada para a Associação para a Gestão da Cópia Privada (AGECOP) e redistribuída pelos detentores de direitos de autor. Assim, essa lei garantiria a remuneração dos titulares de obras protegidas, ainda que o CDADC possibilite a mais ampla aplicação do princípio do uso privado.

Conclui-se, ao final desse capítulo que os países da União Europeia vêm desenvolvendo meios de limitação ao princípio do uso privado à medida que os dispositivos de compartilhamento de arquivos se tornam cada vez mais rápidos e eficientes. Esses vão desde os mais radicais, qual seja a proibição do uso privado, até a possibilidade de sua aplicação desde que a fonte da obra seja lícita ou que se compense equitativamente seu titular.

No âmbito da jurisprudência europeia percebe-se claramente que os atos de *upload* infringiriam direitos exclusivos do autor, por não respeitarem seu direito de comunicação e disposição da obra ao público, de modo que quem compartilha arquivos por meio de sistema P2P pode ser responsabilizado por seus atos. Da Diretiva depreende-se que todo ato de uso privado, nomeadamente a utilização do referido sistema, deve respeitar a regra dos três passos, objetivando garantir o equilíbrio entre os interesses privados dos titulares de obras protegidas e o interesse público em garantir sua disseminação e uso. A regra dos três passos é, assim, uma norma geral aplicável a todas às limitações ao Direito de Autor (WESTKAMP, 2007, p. 21-22).

6 PREVISÃO LEGAL SOBRE A PROTEÇÃO E OS LIMITES AO DIREITO DE AUTOR NO BRASIL

6.1 Previsão dos tratados no direito brasileiro

No que tange aos tratados tanto a Convenção de Berna quanto o Acordo TRIPS foram recepcionados pelo direito brasileiro. Eles foram promulgados respectivamente pelo Decreto 75.699, de 6 de maio de 1975, e pelo Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994, o qual incorpora os resultados da rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT.

Assim, todos os dispositivos e princípios vistos concernindo essas duas normativas internacionais são aplicáveis no Brasil como leis ordinárias.

Entretanto, o Estado brasileiro tem como lei suprema a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encontrando-se nela suas normas fundamentais o que a torna superior a qualquer outra lei vigente no país. Assim, ela está presente no vértice do sistema jurídico brasileiro (SILVA, 2011, p. 45), ao qual confere validade e torna legítimos os poderes estatais.

Pelo princípio da supremacia constitucional, de acordo com José Afonso da Silva (2011, p. 46), “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”. Isto posto, tratados que não versem sobre direitos humanos, quando adotados, são internalizados pela legislação brasileira como leis ordinárias⁸, conforme dispõem Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 1.609), ao comentarem sobre o Recurso Extraordinário n. 466.343/SP no Supremo Tribunal Federal⁹.

Assim, toda normatização internacional sobre o Direito de Autor prevista pela legislação brasileira deve respeitar os princípios estabelecidos constitucionalmente, por conta do seu enquadramento enquanto lei ordinária.

6.2 A proteção dos Direitos de Autor pela legislação brasileira

A proteção autoral é direito fundamental garantido pelo artigo 5º da Constituição. O inciso XXVII desse dispositivo (BRASIL, 1988) prevê pertencerem aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, sendo esse transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. Silva (2011, p. 276), sobre esse ponto, declara aí se assegurarem “os direitos do autor de obra intelectual e cultural, reconhe-

⁸ Nesse sentido: “os tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro passaram a ter três hierarquias que cumprem ser diferenciadas: a) os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que forem aprovados em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Já os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento ordinário terão o status de supralegal. No que tange aos tratados internacionais que não versarem sobre direitos humanos serão equivalentes às leis ordinárias.” (CARVALHO, 2012).

⁹ (RE 349703, Relator(a): Min. Carlos Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 Divulg 04-06-2009 Public 05-06-2009 Ement vol-02363-04 pp-00675)

cendo-lhe, vitaliciamente, o chamado direito de propriedade intelectual, que compreende os direitos morais e patrimoniais”. Tal determinação é essencial, pois seu estabelecimento como direito fundamental assevera sua necessidade de ser protegido pela legislação.

Além da mencionada previsão constitucional e dos tratados internacionais, a proteção ao Direito de Autor é regulada no Brasil por três leis distintas. São elas a Lei 9.609/98 (Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências), Lei 9.610/98 (altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências) e artigo 184¹⁰ do Decreto-lei 2.848/40 (referente aos crimes contra a propriedade intelectual).

Os direitos dos titulares de obras à comunicação, reprodução e disposição ao público, tidos como essenciais para a análise da legalidade do uso de sistemas *peer-to-peer*, são tutelados em específico pela Lei 9.610/98.

O direito à comunicação é definido no artigo 5º, inciso V, da referida lei, como “ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares”. Este direito, inclusive, possui o capítulo II do título IV do dispositivo legal dedicado inteiramente a ele. Os artigos 68 a 76 definem representação e execução pública, além de estabelecer normas procedimentais acerca da aplicação desse direito. Ao contrário do que ocorre na

¹⁰ **Art. 184.** Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. **§ 1º** Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. **§ 2º** Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente; **§ 3º** Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa; **§ 4º** O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

Diretiva 2001/29, a lei brasileira não mescla esse direito com o DCDP, tornando a comunicação pública uma modalidade independente.

O direito de reprodução, além de sua expressa previsão constitucional, é direito patrimonial protegido pelo artigo 29, inciso I, da lei 9.610, o qual dispõe depender de autorização prévia e expressa do autor a reprodução integral ou parcial da obra. Quanto ao que se entenderia como reprodução ou os meios pelo qual ela pode ser realizada, o artigo 5º, inciso VI, da mesma lei a define¹¹.

Nota-se aqui o mesmo tipo de expansão de entendimento acerca da aplicabilidade do direito de reprodução encontrado na Diretiva 2001/29 da UE, ao estender sua aplicação aos meios eletrônicos ou outros a serem desenvolvidos. Isso mostra a preocupação do legislador brasileiro em tutelar o modo como se trocariam as informações por meio da internet. Inclusive, o zelo foi tamanho que o artigo 30 da Lei de Direito de Autor (LDA) prevê no exercício do direito de reprodução o titular poder colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito.

Ora, viu-se que a colocação à disposição do público da obra foi uma inovação trazida pelo TODA por meio do DCDP justamente pela insuficiência dos direitos de reprodução e de comunicação da obra ao público. Na LDA ele é explicado no artigo 5º, inciso IV, na definição do termo “distribuição” como a colocação à disposição do público do original ou cópia de qualquer tipo de obra, mediante venda, locação ou outro tipo de transferência de propriedade ou posse.

Tal definição é expandida pelo seu respectivo direito patrimonial do artigo 29, inciso VII, o qual regra depender de prévia e expressa autorização do titular a distribuição da obra por qualquer sistema que permita ao usuário selecionar obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar determinados anteriormente por quem formula a demanda.

Da análise da legislação autoral brasileira depreende-se, portanto, a existência de arcabouço legal suficiente cujo fim é proteger os interesses dos titulares de Direitos de Autor. A legislação penal estabelece inclusive, no artigo 184 do Decreto-lei 2.848, penas genéricas para a violação do di-

¹¹ **Art. 5º.** Para os efeitos desta Lei, considera-se: VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido.

reito de autor (caput) e específicas no tocante aos direitos de reprodução (§ 1º), distribuição e comunicação (§ 2º) e disposição da obra ao público (§ 3º).

Tal proteção, especialmente no tocante aos dispositivos do Código Penal, poderia ser aplicada ao sistema *peer-to-peer* no aspecto de *upload* de arquivos, tendo em vista o que se prevê sobre a proteção do direito de reprodução e do DCDP. Estes recebem na legislação brasileira o mesmo tratamento oferecido pelos tratados e pela legislação europeia. Ver-se-á futuramente como esses dispositivos são aplicados pela justiça do Brasil.

6.3 Limitações ao Direito de Autor no sistema brasileiro

A Lei 9.610/98 prevê nos seus artigos 46, 47 e 48 os limites ao direito de autor, constando do artigo 46 rol taxativo de ocasiões nas quais o uso de obra sem autorização de seu titular é lícito. Desse rol destaca-se o inciso II, de acordo com o qual não se configura como ofensa aos direitos de autor a reprodução de pequenos trechos, para uso privado do copista, em um só exemplar, desde que feita sem intuito de lucro por este. Deste ponto constam os requisitos do princípio do uso privado, sendo a única diferença a limitação da reprodução à pequenos trechos.

Sobre a reprodução somente de pequenos trechos Ascensão (2012, p. 106) comenta ser ela unilateral e rígida ao afirmar: “é inconcebível: não se pode reproduzir um soneto? Nem sequer uma quadra, numa antologia de literatura? Estes absurdos poderiam vir a ser eliminados”. O artigo 184 do Código Penal brasileiro também prevê o uso privado como atividade lícita em seu § 4º¹², contanto que respeitando os preceitos da LDA.

Com relação à previsão da regra dos três passos, a mesma pode ser encontrada no inciso VIII do artigo 46 ao não constituir como ofensa aos direitos autorais a reprodução de qualquer natureza de obra integral ou de pequenos trechos quando a reprodução em si não for o objetivo central, não prejudicar a exploração normal da obra reproduzida nem causar prejuízo injustificado aos interesses legítimos dos autores.

¹² A redação do referido parágrafo é a seguinte: § 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

Os três passos para uma reprodução legal constam da parte final do artigo, enquanto que a metade inicial repete, em parte, a redação criticada por Ascensão por fundamentalmente limitar a possibilidade da cópia privada. Acerca dessa faceta do Direito de Autor brasileiro, Marcos Wachowicz (2011, p. 61) salienta que “hoje em dia todo o arcabouço legal em torno do direito autoral impossibilita a maioria dos usos das obras protegidas, restando alguns limites, ou exceções, que no caso da Lei 9.610/98 fazem parte de um rol taxativo”.

Por fim, a Lei 9.609/98 também estipula as condições necessárias para se permitir o uso privado de programas de computador. Seu artigo 6º, inciso I, estipula não constituir ofensa aos direitos de titular de programa de computador “a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda”. Desse modo, tal lei limita o princípio da cópia privada às cópias de programas de computador originais legitimamente adquiridos, assim como o faz a lei alemã para todas as obras.

Em última análise, resta claro ser a lei brasileira muito bem equipada para garantir os direitos dos titulares do direito de autor. Contudo, em comparação com as leis de países europeus e a Diretiva 2001/29, faz muito pouco para garantir a aplicação do limite do uso privado, comprometendo a possibilidade de *download* de arquivos pelo sistema *peer-to-peer*. Redações confusas e contraditórias entre os textos legais, limites escassos em um rol de itens taxativo, além do não estabelecimento de condições para sua aplicação efetiva, ao contrário de suas contrapartes europeias, fazem com que esse limite tenha sua aplicação comprometida.

Resta agora examinar como a jurisprudência brasileira lida com o compartilhamento de arquivos por meio de sistema *peer-to-peer*. Sabendo o enfoque dado por essa é que se poderá realmente determinar se a baixa proteção ao uso privado se estende à característica brasileira ou se decorre de descuido do legislador.

7 TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DO COMPARTILHAMENTO E USO PRIVADO DE OBRAS NO BRASIL

7.1 A ausência do *peer-to-peer* na jurisprudência do STJ

O Superior Tribunal de Justiça pode ser definido (LAMY; RODRIGUES, 2011, p. 35) como sendo corte infraconstitucional a quem compete a uni-

formização da jurisprudência nas ações referentes às leis federais aplicadas pelas justiças comuns federais e dos estados-membros, sobrepondo-se a elas. Com isso em mente, a pesquisa jurisprudencial para esse trecho do trabalho teve como enfoque o referido tribunal objetivando descobrir o referencial que os tribunais estaduais deveriam seguir ao julgar casos de compartilhamento de obras protegidas pela rede. Posteriormente ainda pretendia-se traçar um paralelo entre o STJ e o TJUE, por conta de sua natureza de tribunais de pacificação de jurisprudência.

Entretanto, a pesquisa por julgados nesse tribunal¹³ envolvendo o *upload* e o *download* de obras protegidas pela internet não revelou nenhum caso do tipo, sendo encontrados apenas poucos julgados nos principais órgãos julgadores de 2º grau do país¹⁴. Contudo, a análise dos resultados encontrados no STJ para outras modalidades de compartilhamento de obras e de uso privado merece análise, por mostrar o enfoque que justiça brasileira dá à proteção aos direitos patrimoniais dos autores.

7.2 Julgados do STJ sobre o compartilhamento de obras e o uso privado

Primeiramente, o grande foco da justiça brasileira no que tange o compartilhamento de arquivos é a solução de casos envolvendo a cópia e a venda de mídias físicas (CDs, DVDs etc.) sem a autorização dos titulares da obra. A “pirataria”¹⁵, ao qual essa prática é associada, consiste justamente da violação dos direitos autorais de que tratam as Leis 9.609 e 9.610, de acordo com o artigo 1º do Decreto n. 5.244, de 2004, que regulamenta o Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual.

A grande ocorrência de decisões abordando a exposição dessas mídias físicas tornou-se objeto de súmula por parte do Superior Tribunal de Justiça. Por meio da Súmula n. 502¹⁶, de 23/10/2013, o STJ determinou que “presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no artigo 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas”. Desse modo, caso não haja autorização do titular de direito

¹³ Pesquisa realizada no site do STJ entre os dias 05.06.2015 e 09.06.2015 pelos termos *download*, *upload*, provedor de acesso à rede, uso privado, cópia privada, p2p.

¹⁴ Tribunais pesquisados: TJSP, TJRJ, TJMG, TJRS, TJPR e TJSC.

¹⁵ Ou também “contrafação”, definida no artigo 5º, VII, da Lei 9.610/98 como a reprodução não autorizada de obras.

¹⁶ Súmula 502, Terceira Seção, julgado em 23.10.2013, DJe 28.10.2013

de autor para a exposição de tal obra em meio físico, isso se configura como crime, sendo isso pacificado na jurisprudência.

Ainda com relação à exibição pública de obras o ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) também se faz presente. Essa entidade é responsável por centralizar a arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública musical, realizando a cobrança de valores referentes aos direitos patrimoniais do autor para permitir a execução pública de obras. Isso posto, no REsp. 1.306.907¹⁷ o tribunal superior considerou que a exibição pública de obras musicais, ainda que sem fins lucrativos, enseja a cobrança de direitos autorais. O caso em questão envolvia um casal de noivos os quais, em sua festa de casamento, executaram músicas no ambiente do salão utilizado para a celebração com o fim de tornar o ambiente mais aprazível. Entretanto, não se considerou tal reprodução como exceção do uso privado em ambiente familiar previsto no artigo 46 da Lei 9.610/98, mas sim como infração do direito de comunicação previsto no artigo 68.

O mesmo ECAD é figura predominante na jurisprudência específica sobre uso privado. As lides centram-se, como se depreende do caso acima, em julgados envolvendo o enquadramento do uso de obras musicais dentro ou não do referido uso livre.

Os precedentes estabelecidos pelo STJ no que concerne esse uso livre de obras foram dois. O primeiro tem como referências o REsp. 958.058¹⁸ e o REsp. 983.357¹⁹. Ambos os casos concernem à proibição do ECAD em realizar a cobrança de valores devidos a título de direitos autorais quando fosse realizada a reprodução de programas previamente gravados. Como argumento, o primeiro acórdão traz o seguinte:

A reprodução de programas de radiodifusão previamente gravados é prática comumente utilizada pelas empresas do ramo, e o só fato da realização de cópias privadas, em que se tem por intuito a instrumentalização da atividade desenvolvida, não gera direito ao recebimento de quaisquer valores a título de direitos autorais. Estes são devidos pela reprodução pública de obra artística.

¹⁷ REsp 1306907/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06.06.2013, DJe 18.06.2013.

¹⁸ REsp 958.058/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 23.02.2010, DJe 22.03.2010.

¹⁹ REsp 983.357/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03.09.2009, DJe 17.09.2009.

Essa argumentação é complementada pelo segundo acórdão, o qual considera ser abusivo o exercício de um direito de autor como forma de vedar a realização de cópias privadas, feitas a partir de uma licença de uso regularmente adquirida e sem impacto sobre o mercado potencial das obras reproduzidas. Essa linha argumentativa lembra, em parte, àquela estabelecida pela legislação alemã, ao permitir o uso privado proveniente de fonte lícita, contanto que respeitando a regra dos três passos.

A análise desses julgados do STJ já permite concluir que o espaço dado para o uso privado de obras continua a ser pouco definido pela jurisprudência, com os únicos casos encontrados a esse respeito envolvendo, de uma maneira ou de outra, a exibição pública de obras, não se tratando em nenhum momento puramente do uso privado. Por outro lado, os acórdãos demonstram o bom preparo da legislação brasileira para lidar com casos de pirataria, especialmente com a edição da Súmula 502 do STJ.

7.3 Julgados efetivamente envolvendo o compartilhamento de obras na internet

Ao contrário do que ocorre com o compartilhamento e distribuição de conteúdo por meios físicos, o qual conta com relevante jurisprudência proveniente do STJ, o meio digital não goza da mesma pacificação por parte dos tribunais superiores. A pesquisa realizada nos principais Tribunais de Justiça do país revelou quatro casos os quais tratam diretamente da questão.

O mais antigo deles, proveniente do TJRJ²⁰ no ano de 2008, deixa claro que “a privacidade dos usuários e o sigilo dos dados eletrônicos não podem ser usados como escusa à prática de ilícitos na rede mundial de computadores”. O caso em questão opunha a Associação Protetora dos Direitos Intelectuais Fonográficos (APDIF), entidade cujo objetivo é o combate à reprodução não autorizada de gravações musicais, contra provedores de acesso à internet como NET, TVA e TELESP. O objetivo da entidade era obter dos provedores réus dados de usuários os quais teriam compartilhado por sistemas *peer-to-peer* milhares de arquivos musicais sem a autorização de seus titulares.

De acordo com a APDIF teriam sido compartilhados, em menos de um mês, mais de 70 mil fonogramas digitais para *download* por meio

²⁰ Processo n. 0115857-82.2006.8.19.0001 (2007.001.48620) TJ-RJ, Relator: Des. Carlos Santos de Oliveira, Data de Julgamento: 06.06.2013, Vigésima Segunda Câmara Cível.

do sistema P2P e que “independente de se tratar de ‘distribuição’, ‘compartilhamento’, ‘disponibilização’, etc., trata-se de utilização das obras, o que é suficiente para enquadrar a prática na tipologia do artigo 29 da Lei 9.610/98”. O TJRJ aceitou essa argumentação e deu ganho de causa à APDIF argumentando que a defesa da propriedade intelectual seria mais importante que o direito à privacidade e sigilo das comunicações dos usuários das empresas réis, nesse caso.

Outro julgado que segue essa mesma linha provém do TJPR²¹, no ano de 2009, opondo a mesma APDIF contra a Cadari Tecnologia da Informação Ltda, responsável pelo software de conexão às redes P2P denominado *K-Lite Nitro*.

No caso paranaense a associação pediu a retirada do *software* da Cadari do ar por permitir a “feitura de cópias gratuitas de arquivos de música, isto é, o chamado download, em flagrante violação aos direitos autorais de seus associados produtores fonográficos”. Contudo, entendeu o tribunal que esse tipo de tecnologia não seria somente utilizável para o compartilhamento de obras protegidas, podendo ser aplicado também para fins lícitos.

Isso posto, determinou o TJPR a inserção de filtros para evitar o compartilhamento ilegal de obras protegidas, por entender ser antijurídica a conduta de quem disponibiliza publicamente sistema para conexão às redes P2P, possibilitando o compartilhamento de arquivos musicais via “internet” protegidos pela Lei de Direitos Autorais. Essa decisão ressalta que o problema não está em si na tecnologia utilizada, mas sim em quem faz uso dela para disponibilizar obras sem a autorização de seu titular.

O acórdão acima é muito similar ao recente caso julgado pelo TJRJ²², no ano de 2014. Este tinha como partes Botelho Indústria e Distribuição Cinematográfica Ltda e Yahoo do Brasil Internet Ltda, com a primeira acusando a segunda de manter *website* o qual permitia o compartilhamento de obras protegidas da Botelho sem sua autorização. Esta requisiu, portanto, reparação pelos danos sofridos, pois quando informada da ilegalidade do conteúdo, o responsável pelo *website* nada fez para cessar a atividade ilícita.

²¹ TJPR - 6ª Câmara Cível - AI - 561551-4 - Curitiba - Rel.: Adalberto Jorge Xisto Pereira - Unânime - J. 25.08.2009.

²² Apelação cível n. 0089941-75.2008.8.19.0001 TJ-RJ. Relator(a): Teresa de Andrade Castro Neves, Data de Julgamento: 25/02/2015, SEXTA Câmara Cível.

O TJRJ deu razão à primeira utilizando-se, entre outros, de argumento tecido por Ângela Bittencourt Brasil (2001, p. 424) no sentido de que:

Eventual disponibilização na rede não retira das obras a natureza jurídica de propriedade, passíveis de amparo legal que garante ao autor e titulares dos direitos sobre as criações os direitos explicitados na Lei de Direitos Autorais no tocante à reprodução, divulgação e utilização dessas criações, bem como o desfrute à remuneração por sua utilização.

Por fim, a última e mais recente decisão encontrada sobre o compartilhamento de obras na rede remonta a novembro de 2014 e tem sua origem no TJSP²³. Esta tem no polo ativo a Associação Brasileira de Direitos Reprográficos (ABDR), cujo objetivo é “fiscalizar, combater e punir a pirataria editorial”, entre outros, e no polo passivo Anderson Guterres. Este sofreu ação judicial por disponibilizar obras literárias para *download* gratuito em sua página eletrônica sem autorização da ABDR ou de seus respectivos titulares. Anderson foi condenado ao pagamento de indenização por conta do dano presumido causado pela disponibilização desse material.

Vistos os casos acima, é possível de se perceber que o primeiro acórdão ratifica o entendimento do sistema judiciário europeu e da legislação brasileira, o de garantir a proteção efetiva ao direito de comunicação e disposição de obras ao público. Tal posição é seguida de perto pelos outros três, em diferentes âmbitos de atuação, com o julgado do TJPR tratando sobre *software* P2P e os outros dois sobre a disponibilização de conteúdo em *websites*.

Por outro lado, conclui-se pelo despreparo do Brasil para lidar com questões atinentes ao *download* de obras através do sistema *peer-to-peer*. Enquanto que na Europa se estabeleceram meios para regular esse uso privado o Brasil silencia sobre esse assunto tanto em âmbito legislativo quanto judiciário. Ver-se-á a seguir como o Brasil poderia adotar os exemplos fornecidos pela Europa por meio do diálogo entre os juízes e a harmonização legislativa.

²³ Apelação cível n. 0171813-09.2011.8.26.0100 TJSP. Relator(a): Cesar Luiz de Almeida; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/11/2014; Data de registro: 21/11/2014.

8 A DIRETIVA 2001/29 E O TJUE COMO INSPIRAÇÃO PARA O MODELO BRASILEIRO NO TRATAMENTO DO USO PRIVADO

8.1 O conceito de *Ordering Pluralism* como pré-requisito do diálogo dos juízes e da harmonização legislativa

Antes de se aplicar qualquer conceito de integração judiciária ou legislativa à presente situação é preciso entender suas origens e o âmbito onde ele se encontra inserido. Por meio dessa avaliação poder-se-á verificar em que contexto este está inserido e a melhor maneira de adequá-lo na relação entre a legislação autoral europeia e brasileira.

Tanto o diálogo dos juízes quanto a harmonização legislativa integram a noção de *Ordering Pluralism*, cunhada pela jurista francesa Mireille Delmas-Marty. Essa seria sua resposta para a crescente complexidade legal do mundo, a qual viria por meio da manutenção da separação entre os Estados e, sem impor fusão, construir algo como uma área ordenada legal (DELMAS-MARTY, 2009, p. 13).

A autora esclarece que foi com a evolução das interações ocorridas no mundo que a sugestão do “pluralismo ordenado” foi possível (DELMAS-MARTY, 2009, p. 13). Esse, em sua concepção, teria passado de complicado (múltiplo e heterogêneo) para complexo (interativo e instável), permitindo que o “pluralismo” seja possível ao tolerar as diferenças e “ordenado” se a lei mundial conseguir atingir um denominador comum. Isso traria uma gradual aproximação e conexão entre os sistemas legais do globo em diversos temas.

A importância de uma eventual aproximação é ressaltada por conta do advento da internet. Delmas-Marty (2009, p. 9) argumenta que sua ubiquidade e instantaneidade desafia o conceito de território nacional e enfraquece os sistemas legais nacionais multiplicando os possíveis conflitos de jurisdição. Quando se pensa em um sistema P2P, cuja principal característica é a descentralização dos seus pares e o livre fluxo dos arquivos essa aproximação é ainda mais fundamental.

A autora cita três métodos pelos quais se pode atingir o pluralismo ordenado, sendo eles a coordenação por referência cruzada, a harmonização por aproximação e a unificação por hibridização. Para os fins desse trabalho, far-se-á a análise dos dois primeiros.

A coordenação por referência cruzada parte da impossibilidade de isolamento entre os diferentes sistemas legais, em decorrência da crescen-

te complexidade do mundo no século XXI. Isso possibilita uma internormatividade de fato, caracterizada por Delmas-Marty (2009, p. 20) como a interação em qualquer nível entre dois conjuntos normativos não hierárquicos entre si, sendo sua ocorrência mais comum entre conjuntos do mesmo nível.

Destaca-se, contudo, que essa internormatividade cria um diálogo, mas não dá a solução na eventualidade de um conflito entre normas de diferentes países, sendo a interpretação essencial. É na referência cruzada, portanto, que se encontra o diálogo dos juízes, os quais, por conta da inevitabilidade do isolamento, começam a aplicar leis, princípios e procedimentos de outros países em seus julgados.

Sobre o procedimento de referência cruzada, a autora francesa destaca²⁴:

O processo da referência cruzada normativa e judicial cria essencialmente uma dinâmica que, sob certas condições, permitirá a integração e reconciliação das múltiplas restrições de conjuntos nacionais e internos, os quase foram concebidos de acordo com diferentes modelos desde o começo. É uma fase necessária, mas insuficiente, do pluralismo ordenado. (DELMAS-MARTY, 2009, p. 34)

Todavia, a autora adverte que tal processo requer uma simetria entre instituições e órgãos julgadores, os quais em diferentes países devem cumprir as mesmas funções. Além disso, é necessário que as diferentes entidades ratifiquem os mesmos instrumentos internacionais, o que se relaciona com o segundo método para se atingir o pluralismo ordenado.

A harmonização por aproximação, segundo método, é, na descrição de Delmas-Marty (2009, p. 40), um processo o qual objetiva a integração normativa ou legal, mas sem insistir na sua perfeição ou impondo uma unificação. Ela insinua uma relação verticalizada, a qual implica uma hierarquia com a codificação global acima e o conjunto nacional abaixo.

Assim, haveria uma série de princípios supranacionais, como tratados, os quais estariam acima de cada país, balizando suas ações. Esses,

²⁴ Trecho original: *The process of normative and judicial cross-referencing essentially creates a dynamic that, under certain conditions, will enable the integration and reconciliation of the multiple constraints of national and international ensembles, which were conceived according to different models from the very beginning. It is a necessary, but insufficient phase of ordering pluralism.*

por sua vez, teriam a liberdade de atuação, tendo de agir, contudo, dentro dos limites estabelecidos pelos princípios internacionais internalizados. Buscar-se-ia, desse modo, aproximar a maneira como se julgam casos similares em diferentes países.

Vistos os princípios do *ordering pluralism*, possui-se agora a bagagem necessária para avaliar como que o diálogo dos juízes e a harmonização legislativa pode contribuir para a melhor aplicação dos princípios do direito de autor e seus limites no Brasil.

8.2 Diálogo dos Juízes entre o STJ e o TJUE

A já referida função do Superior Tribunal de Justiça brasileiro é a uniformização da jurisprudência e, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2013, p. 235) atuar como tribunal de superposição, com o fito de defesa da Constituição e leis federais brasileiras, quando mal aplicadas ou negadas por órgãos jurisdicionais inferiores. Assim, a função desse tribunal é garantir que a aplicação da lei federal brasileira seja uniforme em todos os estados da república federativa.

Do mesmo modo, no âmbito da União Europeia, o TJUE também é responsável por garantir a aplicação uniforme dos princípios e diretrizes da UE em todos os seus estados-membros, além de pugnar pela correta aplicação da legislação comunitária nos países. Desse modo, percebe-se que, consideradas as devidas diferenças e a proporção continental do Estado brasileiro, tanto o STJ quanto o TJUE cumprem a mesma função em seus respectivos locais de atuação.

Uma das condições estabelecidas por Mireille Delmas-Marty para a ocorrência de um pluralismo ordenado foi a referência cruzada entre o conjunto de países e regiões diferentes. Ainda que se reconheça que uma plena fungibilidade entre sistemas seja de difícil consecução. A justiça brasileira, por meio da referência cruzada, poderia se utilizar da fundamentação do TJUE em seus julgados para melhor aplicar alguns dos princípios do direito de autor, como o uso privado.

A autora francesa (DELMAS-MARTY, 2009, p. 34) menciona que a interação entre conjuntos legais distintos exige simetria entre ambas as instituições e órgãos judiciais. Ora, tanto o Tribunal de Justiça da União Europeia quanto o Superior Tribunal de Justiça são órgãos de superposição cuja função é garantir a aplicabilidade da lei superior de uma maneira

uniforme em todos os Estados de sua respectiva região. Assim, é possível de se utilizar a teoria de Delmas-Marty para se traçar um paralelo entre as duas instituições de julgamento.

Quando se tratou da jurisprudência de ambas as localidades, chegou-se à conclusões distintas acerca do compartilhamento e recepção de obras protegidas por meio do direito de autor. Preliminarmente, o fato de inexistirem julgados na instância superior brasileira os quais tratem especificamente da troca de arquivos entre usuários por meios digitais já é por si um fator que mereceria a coordenação por referência cruzada, ainda que se entenda a manifestação do tribunal depender de instâncias inferiores.

Entretanto, considerando-se tanto o meio físico quanto o digital de compartilhamento de arquivos, percebeu-se que a legislação brasileira, do mesmo modo que a europeia, tratam o compartilhamento de obras de maneira parecida. Tal depende sempre de autorização do autor para ser legítima, por se tratar de uma “faculdade” patrimonial do autor, assim referida por Menezes Leitão (2011, p. 122) em sua obra.

O problema surge quando se trata da aplicabilidade do princípio do uso privado pela jurisprudência brasileira. Sendo o *download* eminentemente abrangido por esse princípio, ter sua aplicação regulamentada é fundamental. Nos casos europeus estudados ficou claro que reproduções temporárias em telas de computador são autorizadas, enquanto às permanentes requerem o pagamento de compensação equitativa, além do respeito à regra dos três passos. Ainda que o Processo C-435/12 tenha questionado a possibilidade de compensação equitativa quando a origem do uso fosse ilegal, de maneira geral o TJUE deixa muito claro a aplicabilidade do uso privado e seus limites.

Por outro lado, a justiça brasileira como um todo não analisa profundamente a questão do uso privado, tanto no âmbito do STJ quanto dos órgãos de 2ª instância. O precedente estabelecido pelo REsp. 958.058 não esclarece o preceito de maneira necessária a assegurar sua aplicação de modo adequado e a menção ao *download* realizado pelo usuário é inexistente nos tribunais brasileiros.

Desse modo, no que se refere à referência cruzada o Brasil poderia tirar grande proveito da influência da União Europeia. Tanto no que se refere à delimitação do uso privado quanto à própria existência de julgados que tratem do compartilhamento de obras protegidas por meio da internet, as instâncias superiores brasileiras se beneficiariam muito dos preceitos estabelecidos pelo TJUE.

8.3 Harmonização e os limites do uso privado no Brasil

Somente a referência cruzada não é suficiente para garantir uma adequada interoperabilidade entre o modo como se julga o uso privado, sendo necessário também que haja uma harmonia em nível legislativo. Sobre a questão Delmas-Marty (2009, p. 37)²⁵ dispõe:

Referências cruzadas parecem necessárias, mas insuficientes. Elas são necessárias para ajudar a evitar conflitos, reduzir algumas contradições e assim possibilitar coordenação espontânea, porém elas não conseguem garantir consistência global na ocorrência de um conflito. Nesse sentido, coordenação abre caminho para transição aclimando os vários conjuntos legais para a internormatividade, mas isso só pode levar para o pluralismo ordenado se os processos horizontais, contrabalanceados por normas e costumes imperativos *jus cogens*, eventualmente se tornando ‘verticalizado’.

Assim, é necessário que as leis que versem sobre o direito de autor detenham, também, certa referenciabilidade entre elas no que tange ao uso privado, para corretamente estabelecer sua aplicabilidade e seus limites. Percebeu-se, tanto da Diretiva 2001/29 quanto das leis nacionais europeias citadas, adequada delineação do tratamento do uso privado.

Já no Brasil, ainda que se possa depreender a necessidade do respeito à regra dos três passos no inciso VIII do artigo 46 da Lei 9.610/98, a legislação não vai muito além disso. Esta não define o uso privado, deixa de prever o que o qualifica e, por fim, sequer determina o que viriam a ser os pequenos trechos permitidos para cópia no inciso II do mesmo artigo.

Considerando que tanto a Europa e o Brasil são signatários da Convenção de Berna e do Acordo TRIPS, as normas e princípios supranacionais mencionados pela autora francesa já existem. Ambos os documentos preveem a regulamentação do uso privado para garantir o equilíbrio entre os direitos do autor e o interesse público, tendo a Europa já se harmonizado a esses princípios. Essa ausência no Brasil não permitiria uma adequada aplicação do pluralismo adequado.

²⁵ O trecho original assim dispõe: “Cross-references seem necessary but insufficient. They are necessary to help avoid conflicts, reduce some contradictions and thus enable spontaneous coordination, but they cannot guarantee overall consistency in the event of a conflict. In this way, coordination makes way for transition by acclimating the various legal ensembles to internormativity, but it can only lead to ordering pluralism if horizontal processes, counterbalanced by imperative *jus cogens* norms or custom, eventually become ‘verticalised’.”

Desse modo, ao contrário do que acontece na Europa, a possibilidade de download é um campo sem definição Brasil, tendo em vista as leis e julgados analisados. Enquanto que o compartilhamento e upload de arquivos é pacificamente tido como direito exclusivo do titular da obra, o uso privado resta mal definido, de modo que a utilização de sistemas *peer-to-peer*, no Brasil, ainda tem sua legalidade questionada.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que a tecnologia conhecida como *peer-to-peer* se caracteriza pela troca de arquivos ocorrida entre usuários sem a necessidade de um servidor central. Esse tipo de tecnologia permite que cada usuário, em seu ambiente privado, sem fins econômicos e sem a intermediação de terceiros, realize com outros pares o *upload* e o *download* de arquivos de maneira simultânea.

Concluiu-se, num primeiro momento, que quando a finalidade do uso desse tipo de sistema é o *download*, seu uso seria permitido, mas que quando tal tecnologia fosse utilizada somente para realizar o *upload*, essa ação recairia como infração do DCDP, direito patrimonial exclusivo do titular da obra.

Contudo, fez-se necessário também saber como que o uso desse tipo de tecnologia é regulado na Europa e no Brasil, com a finalidade de entender como que os princípios do Direito de Autor são aplicados em cada um desses locais tanto para o *upload* quanto para o *download*.

No que tange à utilização de um sistema P2P somente para *upload*, tanto Europa quanto Brasil estão alinhados nesse aspecto. Em ambas as regiões, tanto em nível legislativo quanto jurisprudencial, o compartilhamento de obras pela *internet* sem a autorização de seus titulares configura-se como violação de direitos patrimoniais.

Já quanto a utilização de um sistema P2P para fins privados, ou seja, com o *download* de uma obra como seu fim último, a questão se revela mais complexa. No âmbito da Diretiva 2001/29 da UE se estabelece como princípio geral que os Estados europeus devem prever uma contraprestação pelo uso privado, para remunerar os titulares de Direitos de Autor pelas perdas decorrentes dessa atividade. Viu-se então que a jurisprudência do TJUE corrobora em grande parte esse princípio, proibindo, contudo, a aplicação da remuneração equitativa quando a fonte da cópia ou uso é ilegal.

A solução encontrada por alguns Estados, portanto, foi permitir a prática somente quando a fonte da cópia fosse lícita (ex: Alemanha), enquanto outros optaram pelo regime da remuneração equitativa (ex: Portugal).

No Brasil o problema advém da ausência de definição satisfatória de uso privado por parte da legislação brasileira e da ausência de casos que tangenciem o compartilhamento de arquivos por meio de sistemas *peer-to-peer*, impossibilitando responder com precisão sua legalidade ou não. Em decorrência disso se introduziu o conceito de *ordering pluralism*, no qual o Brasil poderia se deixar influenciar pelo sistema europeu com o fim de melhor regular a questão do uso privado. Verificou-se a possibilidade dessa influência em decorrência de características comuns existentes entre ambos os sistemas, como a função do STJ e do TJUE e o fato de ambos serem adotarem a Convenção de Berna e o Acordo TRIPS.

Assim, o uso privado, antes território alheio a regulação do Direito de Autor, tornou-se cada vez mais limitado por esse, em decorrência de poder ser tão facilmente executado por meio de algumas das novas tecnologias. As legislações, no caso europeu, se recrudesceram, estabelecendo condições restritivas para utilizações privadas. No Brasil, por outro lado, a ausência de regulamentação específica sobre o tema deixa em dúvidas se a prática, afinal, é ou não permitida.

Quanto ao sistema P2P especificamente, conclui-se que seu uso estritamente para o *upload* não é abarcado pelo uso privado, sendo, pelo contrário, configurado como violação dos direitos patrimoniais do autor. Sobre o *download* de obras, sua realização qualifica-se como uso privado, contanto que se respeitem os princípios estabelecidos pela regra dos três passos e as particularidades de cada região, sendo esta, no caso brasileiro, difícil de ser determinada, tendo em vista a vaga regulamentação da atividade.

REFERÊNCIAS

AKESTER, Patrícia. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*. Coimbra: Almedina, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O Direito da Internet em Portugal e no Brasil. In: *Revista do Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2012. v. X.

_____. O Fair Use no Direito Autoral. In: *Revista do Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2003. v. IV.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os Actos de Reprodução no Ambiente Digital: As Transmissões Digitais. In: *Revista do Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2003. v. IV.

_____. Propriedade Intelectual e Internet. In: *Revista do Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2006. v. VI.

BASSO, Maristela. *As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (three-step-test)*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/as_excecoes_e_limitacoes_aos_direitos.pdf>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 3 nov. 2013.

_____. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Lei dos Direitos Autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>.

_____. *Decreto-lei 75.699, de 05 de março de 1975*. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>.

_____. *Decreto-lei 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Acordo Sobre Aspectos Dos Direitos De Propriedade Intelectual Relacionados Ao Comércio. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf>>.

CAMERON, Alec. Copyright exceptions for the digital age: new rights of private copying, parody and quotation. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, [s.l.], v. 9, n. 12, p. 1.002-1.007, 28 Nov. 2014. Oxford University Press (OUP). DOI: 10.1093/jiplp/jpu202.

CORDEIRO, Pedro. Limitações e exceções sob a regra dos três passos e nas legislações nacionais. Diferenças entre o meio análogo e digital. In: *Revista do Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2002. v. III.

_____. Partilha de Ficheiros e Suspensão do Acesso à Rede. In: *Revista do Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2012. v. X.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

GARCIA, Gabriel. *Game of Thrones Bate Novo Recorde de Pirataria*. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/game-of-thrones/noticias/2015/05/game-of-thrones-bate-novo-recorde-de-pirataria.shtml>>. Acesso em: 12 maio 2015.

GEIGER, Christophe; GRIFFITS, Jonathan; HILTY, Reto M. Declaração sobre o Teste dos Três Passos do Direito de Autor. In: *Revista do Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2009. v. VIII.

GUIBAUKT, L.; WESTKAMP, G.; RIEBER-MOHN, T.; HUHEMHOLTZ, P. B. et al. *Study on the implementation and effect in member states: laws of Directive 2001/29/*

EC on the Harmonization of certain aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society. Institute for Information Law, University of Amsterdam, 2007.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Curso de Processo Civil: de acordo com o projeto do novo CPC*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011.

LI, Jin. On peer-to-peer (P2P) content delivery. *Peer-to-Peer Networking and Applications*, v. 1, n. 1, p. 45-63, mar. 2008. Disponível em: <<http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs12083-007-0003-1>>.

MARTÍN, Araceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Liñán. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2012.

MAXWELL, Andrew. Lawyers Sent 109,000 Piracy Threats in Germany During 2013. Disponível em: <<https://torrentfreak.com/lawyers-sent-109000-piracy-threats-in-germany-during-2013-140304/>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Tratado da OMPI Sobre Direito de Autor, de 1996*. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/07/14600/0488904896.pdf>>.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. I.

UNCTAD – ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

VICENTE, Dário Moura. *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*. Coimbra: Almedina, 2008.

VIEIRA, José Alberto. Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado. In: *Revista do Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2009. v. VIII.

WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres*. Florianópolis: Funjab, 2011.

WAELEDE, Charlotte et al. *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy*. 3. ed. New York: Oxford, 2014.

WESTKAMP, Guido. *The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*. London: Queen Mary Intellectual Property Research Institute, 2007.

O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL NA SOCIEDADE INFORMACIONAL

Patrícia Eliane da Rosa Sardeto

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenadora do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) - Câmpus Londrina.
prosa@sercomtel.com.br

1 INTRODUÇÃO

Diante das profundas mudanças pelas quais a sociedade vem passando muitos institutos jurídicos são revisitados em busca de uma adequação às novas demandas. Neste contexto da sociedade atual, denominada informacional, procura-se identificar a aplicabilidade do direito à autodeterminação informacional no ordenamento pátrio.

Primeiramente é dado a conhecer a sociedade informacional, suas características e a relevância da informação para sua dinâmica. As bases do direito à autodeterminação informacional são trazidas do direito alemão, bem como o direito à privacidade do direito brasileiro, para ao final discutir-se acerca de sua aplicabilidade no Brasil.

2 A SOCIEDADE INFORMACIONAL

Falar sobre a sociedade informacional é um exercício de autoconhecimento, pois na velocidade com que a sociedade atual se desenvolve trata-se de conhecer suas bases e tatear seus desdobramentos.

A tarefa não é fácil. Num perfeito caso de interdisciplinaridade é possível notar que muitos estudiosos estão se debruçando sobre a questão social, sejam sociólogos, filósofos, juristas, biólogos, físicos, tecnólogos.

E é justamente em razão dessa interatividade entre as ciências que a análise do direito à autodeterminação informacional ganha relevância, especialmente na doutrina pátria.

2.1 O DNA informacional

Sociedade informacional é um termo utilizado por Manuel Castells (2003, p. 51) para designar não apenas uma, mas várias sociedades que podem ser caracterizadas ao longo de dois eixos, os modos de produção (capitalismo e estatismo) e os modos de desenvolvimento (industrialismo e informacionalismo), de forma que a nova estrutura social está associada ao surgimento de um novo modo de desenvolvimento, o informacionalismo, historicamente moldado pela reestruturação do modo capitalista de produção, no final do século XX.

Assim, o informacionalismo é que fundamenta a tese da existência da sociedade informacional, onde o termo informacional pretende indicar o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder, devido às novas condições tecnológicas surgidas no período histórico atual (SARDETO, 2011, p. 14).

Inaugura-se uma fase na história na qual as noções de tempo e espaço serão constantemente revistas e terão grande influência sob as relações sociais.

Aliás, citando outro sociólogo, para o polonês Zygmunt Bauman, a fluidez²⁶ consegue explicar muito do comportamento da sociedade atual. Em suas obras, Bauman deixa evidente que vivemos tempos líquidos. Podemos, a partir de Bauman, tentar conhecer o DNA dessa sociedade, que assim como a estrutura genética pode se revelar uma caixinha de surpresas a cada nova descoberta.

²⁶ “Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim para eles o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, ‘preenchem apenas por um momento’.” (BAUMAN, 2001, p. 8)

São elementos, pois, da sociedade informacional, a fluidez/liquidez¹, a incerteza², o consumismo³, a individualização⁴. Além desses e de outros, que com certeza poderiam ser citados, a informação não pode deixar de figurar nesse rol.

2.2 O papel da informação na sociedade informacional

Não há como negar a relevância da informação para a sociedade informacional, muito embora haja questionamentos acerca da amplitude que se confere ao termo informação (ASCENSÃO, 2001, p. 150; DRUMMOND, 2003, p. 2), quando seria melhor utilizar o termo comunicação.

Ouso discordar. A comunicação é a forma que possibilita a interação, que une mensageiro e receptor, que transmite algo. Esse algo é a informação, que é o objeto da comunicação. De forma que toda comunicação transmite uma informação e por sua vez, a informação pode subsistir sem que haja comunicação.

Numa definição mais técnica pode-se afirmar que a informação “é um conjunto de fatos organizados de tal forma que adquirem valor adicional além do valor do fato em si” (STAIR, 1998, p. 4). Traduzindo para uma sociedade cada vez mais dependente da informática, a informação seria um conhecimento obtido a partir da apresentação de vários dados.

Por sua vez, dados são “os fatos em sua forma primária, como por exemplo, o nome de um empregado e o número de horas trabalhadas em uma semana, números de peças em estoque, ou pedidos de venda”. Sendo fatos, os dados apenas terão valor se organizados ou arranjados de uma maneira significativa, a fim de se tornarem uma informação (STAIR, 1998, p. 4).

Wachowicz (2006) aduz que o programa de computador “deu novos contornos à informação, na medida em que a desmaterializou, miniaturalizou e descentralizou, transformando-a em um novo objeto de acesso e uso”.

¹ “‘Líquido-moderna’ é uma sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir.” (BAUMAN, 2009, p. 7)

² “A vida líquida é uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante.” (BAUMAN, 2009, p. 8)

³ “A vida líquida é uma vida de consumo. Ela projeta o mundo e todos os seus fragmentos animados e inanimados como objetos de consumo, ou seja, objetos que perdem a utilidade (e portanto o viço, a atração, o poder de sedução e o valor) enquanto são usados.” (BAUMAN, 2009, p. 17)

⁴ Ser diferente dos outros e fiel a mim mesmo. (BAUMAN, 2009. p. 27)

Mesmo entendendo que o termo comunicação expressaria melhor a dinâmica atual, Ascensão reconhece que “se desenvolve um tipo de sociedade em que a informação passa a desempenhar um papel muito mais decisivo que anteriormente” (ASCENSÃO, 2001, p. 150), chegando mesmo a ser qualificada como um novo fator de produção. E conclui afirmando que “quem domina a informação, domina o mundo” (ASCENSÃO, 2001, p. 150).

Assim é que a informação é a matéria-prima dessa nova sociedade moldada pelas tecnologias da informação, de forma que as tecnologias agem sobre a informação e não apenas a informação age sobre a tecnologia, como nas revoluções tecnológicas anteriores (CASTELLS, 2003, p. 108).

Apenas para exemplificar a relação entre informação e tecnologia, dois fatos recentes merecem destaque. A gigante de buscas Google vem sendo questionada pela União Europeia e Estados Unidos acerca de sua política de privacidade, uma vez que não deixa nada claro qual informação do usuário em determinado produto é cruzada com outras informações e de que forma elas são combinadas (MACHADO, 2012). Da mesma forma os aplicativos de *smartphones* (telefones inteligentes), inofensivos à primeira vista, estão na mira de usuários em razão da invasão de privacidade. Em pesquisa recente nos EUA constatou-se que 54% dos usuários de *smartphones* decidiram não instalar alguns *apps* depois de descobrir quais informações pessoais teriam que fornecer. Outros 30% apagaram ao menos um *app* ao descobrir que ele coletava dados que não gostariam de compartilhar. No total, 57% de todos os usuários de aplicativos rejeitaram *apps* por preocupações relacionadas a privacidade (ROMANI, 2012).

Os fatos relatados ilustram bem a capacidade exponencial, para usar um termo de Castells, que as novas tecnologias possuem para “tratar” as informações e utilizá-las da forma mais diversificada possível.

Não por outro motivo a crescente preocupação das pessoas em relação a sua liberdade de atuação e a privacidade a esta inerente, no que o direito à autodeterminação informacional da doutrina alemã pode ser de grande valia.

3 O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL

O direito à autodeterminação informacional (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) foi reconhecido pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha na decisão conhecida por “decisão sobre o censo populacional” (*Volkszählungsurteil*), de 15 de dezembro de 1983.

A Lei do Censo ordenou, no início de 1983, o recenseamento geral da população alemã, com dados sobre a profissão, moradia e local de trabalho. Os dados coletados serviriam para fins estatísticos, porém o § 9 da lei previa a possibilidade de uma comparação dos dados levantados com os registros públicos e também a transmissão de dados tornados anônimos para repartições públicas federais, estaduais e municipais para determinados fins de execução administrativa (MARTINS, 2011, p. 131-132).

Em suma, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao declarar a lei do censo parcialmente inconstitucional, fixou, de forma precursora, o direito fundamental que o indivíduo possui de determinar ele mesmo, a princípio, sobre a exibição e utilização de seus dados pessoais (SARDETO, p. 45).

O assim denominado direito a autodeterminação informacional nasce da conjugação de dois preceitos da Lei Fundamental, a saber, a inviolabilidade da dignidade humana, preceito previsto no item 1.1 estabelecendo que “A dignidade da pessoa humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todo poder público” (*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*) (DEUTSCHLAND, 2011. Tradução livre.) e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, preceito previsto no item 2.1 estabelecendo que “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, à medida que não prejudiquem os direitos alheios e não atentem contra a ordem constitucional ou a moral” (*Jeder hat das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, sowie er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst*) (DEUTSCHLAND, 2011. Tradução livre.).

A decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha é um divisor de águas em matéria de proteção dos dados pessoais, pois fixou alguns parâmetros importantes quando ainda a legislação específica europeia era incipiente. Passados mais de 25 anos do pronunciamento do Tribunal constata-se que sua fundamentação permanece atual e serve de base para novos julgamentos.

É o que se verifica em dois julgados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, (DER SÄCHSISCHE DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE, 2011) que fixou que

O direito fundamental à autodeterminação informacional destina-se – assim como o restante dos direitos fundamentais à proteção de dados – à proteção da liberdade de conduta e privacidade (veja

BVerfG, decisão de 11.3.2008, - 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07) do indivíduo como condição fundamental da capacidade de agir e participação dos seus cidadãos, fundado num espírito livre e democrático (veja BVerfG, decisão de 12.4.2005 - 2 BvR 1027/02)⁵.

Constata-se nas decisões citadas a preocupação em relação à proteção da liberdade de conduta/atuação e a privacidade do indivíduo, condições essas necessárias para uma participação efetiva do cidadão na vida da sociedade.

3.1 Aplicabilidade no Brasil

Surge, então, o questionamento acerca da importação desse instituto para o direito pátrio. É possível falar em direito a autodeterminação informacional perante nosso ordenamento jurídico?

O direito alemão, diferentemente do direito brasileiro, não prevê expressamente em sua Lei Fundamental (*Grundgesetz*) o direito à privacidade e nem faz referência à utilização da informática. Por sua vez, a Constituição brasileira de 1988 elenca em seu artigo 5º, inciso X, o direito fundamental à privacidade, garantindo a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas⁶.

Em um julgado de 2003, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, ao votar em Recurso Especial acerca do cancelamento de registro de nome em arquivos do SCPC, cuidou da questão ora suscitada. Dentre outras palavras consigna:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações da vida, permi-

⁵ DER SÄCHSISCHE DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE, 2011 (tradução livre). *Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung bezweckt - ebenso wie die übrigen Datenschutzgrundrechte - den - „Schutz der Verhaltensfreiheit und Privatheit“* (vgl. BVerfG, Urt. vom 11.3.2008, - 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07) des Einzelnen als „elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger gegründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens“ (vgl. BVerfG, Beschl. vom 12.4.2005 - 2 BvR 1027/02).

⁶ Como se percebe, o constituinte de 88 optou por diferenciar o direito à intimidade do direito à vida privada, à honra e à imagem, distinção esta desnecessária para os fins da presente discussão, uma vez que a proteção que ora se discute para os dados pessoais requer uma noção ampla e genérica do direito à privacidade, englobando os conceitos de intimidade, privacidade, honra e imagem.

te o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. [...]

Nos países mais adiantados, algumas providências já foram adotadas. Na Alemanha, por exemplo, a questão está posta no nível das garantias fundamentais, com o direito de autodeterminação informacional (o cidadão tem o direito de saber quem sabe o que sobre ele), além da instituição de órgãos independentes, à semelhança do ombudsman, com poderes para fiscalizar o registro de dados informatizados, pelos órgãos públicos e privados, para garantia dos limites permitidos na legislação (Hassemer, *Proteção de dados*, palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS, 22.11.1993). No Brasil, a regra do artigo 5, inc. X, da Constituição de 1988, é um avanço significativo: ‘São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.’⁷

De certa forma esse julgado parece dizer que não temos o direito à autodeterminação informacional, mas temos o direito fundamental à privacidade, que teria a mesma eficácia.

Não resta dúvida que a garantia constitucional relativa à privacidade é ampla, porém a sociedade informacional traz uma realidade nova e desafiadora, uma realidade que ainda se descobre e que tem se revelado ambivalente, pois libertária e invasiva.

Na verdade, o paradoxo liberdade/privacidade não é novo. Novo deve ser o olhar.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o direito à liberdade vem definido como “aquele que termina onde começa o direito do outro”. Mais de três séculos depois, esse princípio do iluminismo vem sendo revisto. Segundo Ferraz Júnior (2001, p. 245),

[...] é uma alteração no antigo princípio do Iluminismo, segundo o qual a dignidade humana está centrada na liberdade individual e a liberdade de um termina onde começa a liberdade do outro. Com efeito, o que está sendo proposto é que a dignidade humana deve estar centrada no viver em livre comunicação um com o outro. Na verdade, hoje, o que deveria ser dito é que ‘a liberdade de um começa onde começa a liberdade do outro’.

⁷ Decisão proferida no Recurso Especial 22.337/RS, publicada no DJ de 20.03.1995.

Trata-se de posicionamento inovador de Ferraz Júnior que, em sintonia com a moderna doutrina alemã, propõe um repensar do tema *liberdade* diante das profundas mudanças pelas quais a sociedade vem passando.

Se a questão da liberdade vem sendo repensada, a privacidade também ganhou novos contornos. Especialmente o direito pátrio, com o advento do Código Civil de 2002, ao dedicar um capítulo aos direitos da personalidade e neste, o direito à privacidade. Ganhou o indivíduo, que com a nova disposição tem seu direito assegurado de forma mais contundente também perante o particular⁸.

Em termos doutrinários houve e continua havendo uma adequação na expressão “privacidade”. José Afonso da Silva (2003, p. 202), utilizando-se da definição fornecida por Matos Pereira, define o direito à privacidade como o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito.

Em que pese o esforço para imprimir contornos “atuais” ao direito à privacidade e assim pretender que sua garantia seja eficiente às demandas da sociedade informacional, ainda é preciso evoluir para a construção de um direito à autodeterminação informacional com base na estrutura jurídica pátria. O que se sustenta não é a importação pura e simplesmente do direito à autodeterminação informacional nos moldes do direito alemão, mas sim uma construção nossa, que conjugue o direito à privacidade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

4 CONCLUSÃO

O direito à autodeterminação informacional enquanto o direito fundamental que o indivíduo possui de determinar ele mesmo, a princípio, sobre a exibição e utilização de seus dados pessoais reveste-se de uma amplitude na garantia da dignidade da pessoa humana, que fica evidente sua correspondência com as exigências da sociedade informacional, de modo que a construção de um tal direito pela doutrina e jurisprudência pátrias revela-se fundamental para uma proteção mais efetiva do indivíduo.

⁸ Alguns autores afirmam a identidade entre os direitos do homem ou direitos fundamentais (liberdades públicas ou civis, para alguns) e os direitos da personalidade. Destaca-se a essencialidade que predomina em ambos, embora os primeiros sejam concernentes ao direito público - vocacionados, pois, à proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado -, enquanto os últimos, pertencentes ao direito privado, voltam-se às relações entre particulares (JABUR, 2000).

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *Vida líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 29 dez. 2003.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em Rede: A Era da Informação – Economia, Sociedade e Cultura*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001. v. 1.

DER SÄCHSISCHE DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE. *25 Jahre Volkszählungsurteil*. Disponível em: <<http://www.saechsdsb.de/ueberblick-alle-themen/350-25-jahre-volkszaehlungsurteil>>. Acesso em: 05 mar. 2011.

DEUTSCHLAND. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2011.

DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: Conflitos entre Direitos da Personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, André. Política de privacidade da Google é pouco transparente. *O Globo*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/tecnologia/politica-de-privacidade-da-google-pouco-transparente-diz-especialista-4218063>>. Acesso em: 10 set. 2012.

MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

ROMANI, Bruno. Usuários de celular evitam aplicativos por temer invasão de privacidade. *Folha de S. Paulo*. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/1153881-usuarios-de-celular-evitam-aplicativos-por-temer-invasao-de-privacidade.shtml>>. Acesso em: 17 set. 2012.

SARDETO, Patricia Eliane da Rosa. *Proteção de dados pessoais: conhecendo e construindo uma nova realidade*. Londrina: Gradual Comunicação, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STAIR, Ralph M. *Princípios de Sistemas de Informação: uma abordagem gerencial*. Trad. Maria Lúcia Iecker Vieira e Dalton Conde de Alencar. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1998.

WACHOWICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação – os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 39-83.

A presente obra propicia uma reflexão sobre os temas relacionados aos Direitos Autorais e a nova legislação brasileira sobre o Marco Civil da Internet, abordando temas como:

- O direito à (auto)regulação da Internet
- O direito de utilização livre e os dispositivos de proteção
- A reprodução no ambiente digital
- Um novo conceito de autoria para Internet
- O Caso do *Google Art Project*
- Os aspectos jurídicos no *software* na Internet
- O Sistema *Peer-to-Peer* e os limites dos usos privados

Esta obra é fruto de um intercâmbio acadêmico sólido realizado por pesquisadores do **Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI da Universidade Federal do Paraná – UFPR em parceria com grupos de pesquisas**, a saber:

- Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto/Portugal,
- Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito, Artes e Políticas Culturais (NEDAC) e o
- Grupo de Pesquisa Propriedade Intelectual, Transferência de Tecnologia e Inovação (UFSC).

Ressalta-se o **apoio fundamental das agências de fomento à pesquisa CAPES e CNPq**, imprescindível para a realização dos projetos de pesquisas que culminaram com o lançamento da presente obra.

Apoio e financiamento de:



GEDAI
PUBLICAÇÕES